

雇用・就業形態の多様化と労働者概念

柳 屋 孝 安

- 一 はじめに
- 二 近時の学説・判例の展開とその評価
- 三 人的適用対象の捉え方とあり方
- 四 むすびに代えて

一 はじめに

社会経済情勢の多様な変化に伴って、わが国においても、他の先進諸国と同様に雇用・就業形態が多様化してきている。雇用・就業形態の多様化に対応して、労働法や社会保障法の領域においては、種々の見直しが開始されているところである。⁽¹⁾労働法や、社会保障法、特に被用者保険の人的適用対象についても、雇用・就業形態の多様化に対応して、立法や法解釈によるこれまでの取扱いが再検討を迫られている。この点については、わが国

雇用・就業形態の多様化と労働者概念

に限らず、他の先進諸国、さらにはILOやEUのレベルでもすでに議論が始まっている⁽²⁾。そして、わが国においても、見直しの是非や見直しのあり方をめぐって、学説による議論が活発化してきているところである⁽³⁾。

この点に関する近時の国内外の議論は、特に、これまで労働法や被用者保険の人的適用対象が「労働者」か「自営業者」かの二分法によってきたことの是非を中心に展開されている。これは、雇用・就業形態の多様化の下で、その就業実態が、「労働者」とされる就業者と「自営業者」とされる就業者との間のグレーゾーンにある就業者（以下、中間形態の就業者と呼んでおく。）が増加しつつあることによる。二分法の下で、こうした中間形態の就業者の法的取扱いが問題化しているのである。そしてまた、この中間形態の就業者への法的取扱いをめぐる議論を契機に、わが国においては、労働法や被用者保険の人的適用対象に関わる他の論点についても再検討がなされているところである⁽⁴⁾。これらの論点をめぐる国内外の議論の状況については、これまで、各論者によって適宜、整理がなされてきている⁽⁵⁾。

本稿は、まず、各論者による整理を踏まえつつ、労働法や被用者保険の人的適用対象に関して、雇用・就業形態の多様化との関わりで重要と思われる論点を六つ取り上げ、それぞれの論点をめぐる学説の議論の到達点や判例の状況について、筆者なりに整理を行っている（二）。この整理をもとに、それぞれの論点についての学説の議論や判例の状況にやや立ち入った検討を加えつつ、私見の提示を試みている（三）。

二 近時の学説・判例の展開とその評価

雇用・就業形態の多様化との関わりで、労働法や被用者保険の人的適用対象をめぐり重要と考えられる論点と

して、次の六点を挙げておきたい。(1)民法の雇傭（雇用契約）と労基法等の労働契約の相違、(2)労働法や被用者保険に属する立法の人的適用対象概念を統一にか相対的に、そのいずれに捉えるべきか、(3)労働法や被用者保険の人的適用対象となるか否かの判断基準、(4)中間形態の就業者への法的対応のあり方、(5)人的適用対象となるかの判断における当事者意思の扱い、(6)ボランティアや宗教活動、研修等で、労務供給類似の活動を行う者に対する法的対応のあり方、である。

以下では、まず、これらの論点に関する近時の学説・判例の展開と到達点について整理を試みるところから始めよう。

1 雇傭（雇用契約）と労働契約の関係

(1) この論点は、民法が予定する労務供給契約のひとつである雇傭（雇用契約）と労働基準法（労基法）や労働組合法（労組法）等に規定される労働契約との関係をどう説明すべきかに関わる。労働法の領域における論点のひとつとして、かなり早い時期に提示され、以来、長く議論されてきた。

この論点についての議論は、そもそも、両者の契約類型としての相違を明確化することによって、民法とは異なる労働法の本質を明らかにしようとする学説によって、両契約類型を峻別する見解が提示されたことに始まる。⁽⁶⁾この峻別説は、労働契約を使用者への労働者の従属関係を中核とする契約関係とみて、その本質を労働の従属性（従属労働）と捉え、労働法は、この従属労働を規制することにより生存権理念を実現することを目的とした法と性格づける。他方、この峻別説は、雇傭を使用者への労働者の従属関係ではなく、対等当事者間の契約関係と

捉えつつ、民法は、市民法的自由の原理（契約自由の原則）の下で、この対等な契約当事者の契約関係をめぐる利害の調整を目的とする法と捉える。峻別説は、以上のように、雇傭と労働契約の概念内容における相違等を強調しつつ、民法と労働法の本質の相違を説いたのである。そして、この説が学説における多数説を形成してきた⁽⁷⁾。この峻別説に対して、雇傭も使用者と労働者の従属関係を対象としていて、雇傭と労働契約とは同一の実態を規整の対象としており、契約類型の点で両者に何らの差異はない、と批判する同一説とも呼ぶべき見解がその後⁽⁸⁾に示された。

この両説の対立についていえば、峻別説が、雇傭を対象とする民法の規定と労働契約を対象とする労働法について、規制内容ないし規制理念に相違があるとする点は、同一説も否定はしない。他方、峻別説が、労働契約が人的従属性（ないし使用従属関係）のある契約関係を予定し、雇傭はこれを予定しないところに本質的な差異があるとする点について、同一説は、人的従属性を示す実態は雇傭においても予定された特徴であり、両契約類型が予定する契約関係に峻別説のいうような差異はないと批判した。その後、この批判を妥当としつつ、両説は、最近では収斂する方向に向かっている、との評価もある⁽⁹⁾。

(2) 他方、判例においては、労働契約と雇傭（雇用契約）とを意識的に区別して用いる例は少なく、少数の例外を除き、両者を契約類型として同義のものとして用いる傾向が強いといつてよい⁽¹⁰⁾。

(3) この論点についていえば、雇傭を定めた民法の規定の趣旨と労働法の規制理念に相違があることに疑いはない。それぞれの規制理念の相違によって、契約関係の中から規制事項として取り上げられる事情や、規制対象者、規制方法等に差異が生じている。すなわち、規制事項の点では、労働法の場合、労働者側の保護必要性を根

扱づける人的従属性（使用従属関係）に関わる事情に民法以上に踏み込んで規制しているといつてよい（民法では、せいぜい権利義務の一身専属性を定めた六二五条あたりの規定にとどまる）。また、規制の対象者の点では、労働法（特に、雇用関係法の領域）では、使用者が中心とされており、民法のように両当事者とされているのは異なる。さらに規制方法の点では、労働法が罰則規定や強行規定によるのに対して、民法では、主として任意規定によっている。規制理念の相違に根ざすこれらの相違を労働契約と雇傭の差異として説明することは間違っていない。峻別説による労働契約と雇傭の本質的概念の差異についての説明が、以上の差異を意味しているのであればなんら問題ない。しかし、以上の差異を認めたとしても、雇傭と労働契約がそれぞれ対象とする契約関係（契約類型）の本質が質的に異なってくるわけではない。いずれも、人的従属性（使用従属関係）を示す事情をその指標としている点で同一（同質）というべきである。

以上のように、この論点に関しては、雇傭と労働契約とが対象とする契約関係（契約類型）については、これを基本的に同一（同質）と捉えることがこれまでは妥当といえた。そのように理解して、これまでは大過なかったといえる。しかし、雇用・就業形態の多様化は、雇傭の実態の中に請負的要素や委任的要素を持つ契約関係（いわゆる混合契約関係）を増加させている。こうした状況の下では、雇傭と労働契約が対象とする契約関係が同一であるか、労働契約が典型的な雇傭以外の契約関係（混合契約関係）も含む概念であるかについて改めて検討が求められるところとなっている。同一説の中にも、労働契約が、請負や委任の要素を持つ契約関係（混合契約関係）も含むことを肯定する見解がすでに早い時期にみられたところである。⁽¹¹⁾この点についての私見は後述しよう（三一）。

(4) ところで、近時、この論点を別の観点から再検討する見解が提示されている。すなわち、両契約概念に対する規制内容や規制理念ではなく、両契約概念の機能・目的に着目し、この観点から両者に明らかな相違がある、との見解が提示されている。⁽¹²⁾ この見解を新峻別説と呼んでおこう。新峻別説は、両契約の機能・目的の相違を強調する点では峻別説の一種といえようが、同一説からみても否定されない見解であると解される。それは、この見解が民法と労働法の規制理念の相違に根ざす議論の範囲内にあるといえるからである。

すなわち、新峻別説は、民法の雇用契約（雇傭）の場合は、契約当事者の不明瞭・不完全な意思の補完を目的とすると説明する。そして、客観的な就業実態からみて、雇用契約が予定する実態にあるといえる事例では、民法の雇用契約の規定がその機能を果たす。他方、雇用契約が予定する実態から外れる実態（請負や委任の実態）を部分的に含む事例では、この契約関係がどの典型契約に属するかを無理に決するべきではない。契約の趣旨や民法の各規定の趣旨を検討して、当該契約に適合的な基準（当事者意思に最もよく合致したルール）を見出せばよい。その意味で、典型契約としての雇用契約概念は限定的に捉えておけばよく、無理にその外延を広げるべきではない、とする。

他方、新峻別説は、労働契約を、保護必要性の観点からその対象が画定されるとする。そのため、労働契約か否かにつきオール・オワ・ナッシングの判断が求められる。保護の必要性があると判断されれば労働契約に分類される。委任や請負の契約類型と雇用契約との中間形態にある契約関係が労働契約と判断されることも考えられる、とする。

両契約概念の以上のような意味での機能・目的の相違についての分析は、既述のとおり、労働法と民法の規制

理念の相違に根ざす議論の延長線上にある議論といえる。とはいえ、この種の議論がこれまで意識的になされてきたとはいえない。中間形態の契約関係（就業者）が今ほど多くなく、議論の必要性が必ずしも高くなかったということもある。しかし、雇用・就業形態の多様化の進展により、雇用契約と、委任や請負のようなそれ以外の労務供給契約との中間形態が増加しつつある状況下では、例えば、中間形態の就業者にとり、適用法規の発見という観点からみて、雇用契約と労働契約の果たす機能や目的の違いを明確にしておくことには十分な意義があると考えられる。

その意味で、新峻別説は、「雇傭と労働契約の関係」という論点に関し、状況の変化に対応した学説上の新たな展開と位置づけてよいであろう。その見解の当否については、章を改めて検討する（三一）。

2 人的適用対象概念の統一性、相対性

(1) 第二の論点は、労働法や被用者保険の人的適用対象の捉え方に関わる。この論点については、まず労働法の分野において学説に見解の対立が生まれた⁽¹³⁾。すなわち、人的適用対象概念を労働法全体で統一的に捉え、労働法全体として一括して適用の有無を決すべきか（統一的概念説）。それとも、この概念を労働法に属する立法や判例法理ごとに個別に確定すべきか（相対的概念説）の対立である。

このうち、統一的概念説は、これまで、労働法の本質を従属労働と捉え、従属労働に従事する就業者か否かで労働法に属する立法の適用の有無を一律に決定すべきであるとの見解をとってきた。この説が多数説を形成してきたといえよう。

これに対して、相対的概念説は、適用対象を制度・理論の具体的な目的・趣旨を考慮しつつ、個々の制度・理論ごとに判断すべきであるとした。ただし、相対的概念説に属する学説といっても、すべてがこの考え方を徹底して主張するわけではない。例えば、労働の従属性（人的従属性）が認められることによって、労働法の適用対象たり得るという可能性一般があると判断された事例に限って、制度や理論ごとに適用の有無を判断することを妥当とする見解があることに留意を要する。¹⁴ 制度・理論ごとの目的・趣旨を考慮してそれぞれの適用対象を決すといっても、それによって制度・理論それぞれが大きく異なる適用対象を予定することであってもよい、といった徹底した相対的概念説は妥当とはいえないであろう。労働の従属性の存在を一応の前提としつつ、それだけでは判断の難しい事例について、制度・理論の目的・趣旨を考慮して判断する、とする見解を、以下では、相対的概念説として検討の俎上に乗せることとしよう。

(2) 判例においては、複数の立法や判例法理の適用が併せて問題となる場合でも、それぞれの適用対象を区別して判断せずに、一括して判断する傾向がある。ただし、労働基準法（労基法）の労働者と労働組合法（労組法）の労働者について、いずれか一方のみに関わる別々の事例で示された最高裁の判断を比較すると、労組法の労働者をより広く解しているとみることもできる。¹⁵ しかし、判例上、労基法と労組法の労働者概念の差異についての明確な判断はいまだ示されていないように思われるが、いかがであろうか。

(3) その後、これら二つの説それぞれの問題点等を検討しつつ、両説の中間説ともいうべき見解を提示する学説が増加してきている。ただし、それらの主張にはバラエティがある。

例えば、統一的概念説によりつつ、労働法の理念が「生存権への配慮」であるとしても、個々の法規や解釈理

論は相対的であり、その差異に応じて適用対象の範囲を個別に決することが妥当である、とする見解があげられる。この説では、人的従属性のある就業者を統一的適用対象としつつ、人的従属性がない就業者でも、経済的従属性のある者については、法規や解釈理論（例えば解雇制限に関する労基法の規定や解雇権濫用の法理等）の趣旨に照らして、個々の法規や解釈理論を適用ないし類推適用すべき場合があるとする。⁽¹⁶⁾

あるいは、労働法を共通の性格（法目的）によりいくつかの領域に区分し、領域間では相対的であり得るが、領域内では統一的な適用対象概念を考える説がある。労働法を、雇用関係法、労使関係法、労働市場の法の三分野に区分し、それぞれについて適用対象概念を考える見解等がこれに属する。⁽¹⁸⁾

これらの中間説ともいうべき学説は、先の二つの対立する学説を雇用・就業形態の多様化にも対応できるように調整しようと試みたもので、学説上の新たな展開と位置づけることもできる。

(4) 他方、被用者保険の領域においても、近時、その適用対象について統一的に捉えるべきか、個々の立法・制度ごとに相対的にとらえるべきかについて検討がなされている。

例えば、健康保険や厚生年金の保険制度の適用対象についての検討があげられる。それらの保険制度の人的適用対象は「被保険者」である。この「被保険者」の概念を、各保険の趣旨・目的にしたがって、解釈論上、保険制度ごとに相対的に確定することが妥当とする見解が示されている。⁽¹⁹⁾ 学説上はこの見解が多数説といつてよい。⁽²⁰⁾ こうした見解では、介護保険や雇用保険のような他の被用者保険についても同様の考え方が妥当すると考えられていると解される。

この点に関して、判例や行政解釈では、健康保険と厚生年金の「被保険者」についてであるが、むしろこれを

基本的に同一のものとして取扱い、保険ごとに特に区別せずに処理する傾向が見受けられる。⁽²¹⁾

3 適用対象の判断基準

(1) 第三の論点は、労働法や被用者保険の人的適用対象をどのような指標や基準で判断するかの問題である。まず、労働法の人的適用対象を決定する指標としてこれまで挙げられてきたのは、いうまでもなく労働の従属性である。この労働の従属性の内容については、これまで種々の見解が提示されてきた。⁽²²⁾ 階級的従属性、人的従属性、経済的従属性、組織的従属性等がそれである。それぞれの具体的な内容についての説明は省くが、このうち、人的従属性と経済的従属性との複合が、労働法の人的適用対象の指標となる、との見解が比較的多数の学説の支持を得てきたといえよう。⁽²³⁾ しかし、人的適用対象の指標として従属労働概念を用いること自体に否定的な見解も示されている。⁽²⁴⁾

他方、判例や労働委員会の判定等の実務レベルにおいては、「使用従属関係」といった表現の使用例は多いが、人的従属性や経済的従属性といった従属労働概念を用いる例はむしろ少ないといえよう。⁽²⁵⁾

(2) 人的適用対象の指標として従属労働概念を用いるべきかとは別に、労働法の人的適用対象を具体的にどのような判断基準により判断すべきかがさらに問題となる。この点についても、学説、判例の長年の蓄積がある。

例えば、労基法九条の労働者に関しては、従前の学説や判例が提示した具体的な判断基準を総括する形で「労働基準法研究会報告書」が昭和六〇年に作成されている。⁽²⁶⁾ 労働者性の具体的な判断基準として、その後の判例等の実務で活用されているところである。

この報告書で示された具体的基準は、従属労働概念を用いていない。しかし、そこでは、人的従属性を量ると考えられる事情（「指揮監督下の労働」に関する事情）を中心としつつ、これによる判断が難しい場合に、経済的従属性を量ると考えられる事情（専属性の程度）や事業者性を量る事情等を併せ総合判断する必要があるとされている。こうした具体的判断基準の適用については、最高裁は、労基法をはじめとする雇用関係法の適用対象について、適用対象を比較的広く捉えるいくつかの下級審判例の立場を採用せず、厳格な解釈を行うスタンスを取っていると解される。⁽²⁷⁾

(3) 近時、労働法の人的適用対象の指標とされる従属労働の以上のような捉え方を再検討すべきであるとする見解が示されている。

すなわち、この見解によれば、雇用形態の多様化や企業組織の変動等によって、労働者については使用者による使用従属関係の希薄化が進行し、自営業者について、特定企業との契約関係への依存や企業組織の成員化といった事情が生まれつつあることが指摘されている。そして、こうした状況の変化に対応して、人的適用対象の指標とされる従属性の内容や具体的な基準の見直しの必要性が主張されている。⁽²⁸⁾

こうした主張は、新たな状況に対応した学説の展開と評価することができよう。ただし、こうした主張に従って人的適用対象の具体的な判断基準を見直すとしても、これまでの基準に具体的にどのような変更を求めることになるかについては、いまだ十分な検討がなされているとはいえない。判例のレベルにおいも、この点を意識した動きはいまだ生まれていないとい⁽²⁹⁾ってよい。この点はこの論点における問題点として残されている。章を改めて私見の提示を試みる（三三）。

(4) 他方、被用者保険の適用対象についても、判例においては、使用従属関係を基礎に把握されてきているといえる。その具体的判断基準も、その適用結果に差がないとまでは断言できないとしても、労働法の領域（労基法九条の労働者）について示されてきた基準とほぼ同様の基準によって判断されてきていると評価できよう。⁽³⁰⁾

4 グレーゾーンにある就業者への対応のあり方

ところで、既述のとおり、雇用・就業形態の多様化に伴って、自営業者と労働者の間のグレーゾーンにある中間形態の就業者が増加している。こうした中間形態の就業者は、これまでのところ、労働法や被用者保険の部分的な適用対象にとどめられている⁽³¹⁾。今後、中間形態の就業者を労働法や被用者保険においてどのように扱うべきかについて、近時、学説によって種々の議論がなされるに至っている。

それらの議論は、特に、労働法の領域においては、主として次の諸点についてなされており、そこでは、学説による従前の議論に対して注目すべき展開や深化がみられるといつてよいであろう。

すなわち、①中間形態の就業者について、検討の対象が、特定の職業類型に属する就業者から中間形態の就業者一般のレベルに拡大されている。また、従来は、労基法や労組法の適用対象である「労働者」に含めるべきか否かという解釈論上の対応のあり方が検討の中心であった。これに対して、近時は、立法政策論上の対応のあり方も重要な視点として併せ検討されて始めている。②さらに、それまでは、人的適用対象の問題は、労基法等の立法の適用対象を中心に議論されていたのに対して、近時の議論では、判例法理や就業規則・労働協約の適用対象をも含めた検討が意識してなされていることである。③そしてまた、適用対象となるかの判断をめぐる実務上

の問題として、適用対象となるか否かの予測可能性の確保等の必要性が主張され、適用対象の判断主体のあり方等についての検討がなされ始めている点もあげておく必要がある。

これらの諸点についての検討の到達点について概略をみておこう。

(一) 検討対象の拡大と立法論の展開

(1) まず、中間形態の就業者への対応のあり方について、労働法の領域では、すでにかなり早い時期に検討が始まっている。これは、裁判所の判断や労働委員会による判定等が示されたのを契機に、その判断等の是非をめぐってなされた。この時期、中間形態の就業者は特殊雇用形態の就業者と呼ばれている⁽³²⁾。例えば、映画撮影所の俳優のように、特定の職業領域にみられる特殊雇用形態の就業者等があげられる。個々の就業実態に照らして処理のあり方が検討されていた。その検討は、あくまで解釈論のレベルでなされたといえる。特定の立法の適用に関して、その適用対象に含める解釈をすべきか、適用対象に含まれないとしても、これを含むことができるように拡大解釈や準用等の解釈方法を用いるべきか、といった解釈論が議論の中心であった。そして、特定の職業領域にみられる特殊雇用形態の就業者を適用対象に含めるべきか否かについての検討に基づきつつ、適用対象一般についての判断基準の具体的内容も模索されたのである。

(2) これに対して、近時は、中間形態の就業者一般について、解釈論だけでなく、立法論の観点からも検討が加えられるようになっていく。

例えば、中間形態の就業者も含めて、就業者の人的従属性と経済的従属性の程度に応じた立法政策が必要であ

とする見解等がそれである⁽³³⁾。この見解によれば、中間形態の就業者について、その事実上の経済的な従属関係が労働者類似の「弊害」を生んでいるとする。この「弊害」に対して、労働契約法理のような判例法理については解釈による類推適用で対応できるとする。そして、立法の適用については、それぞれの立法の趣旨・目的に応じて、立法ごとに適用範囲を定める手法が当面、妥当であるとする。労基法関連法規についても、各法規の趣旨・目的に応じて適用範囲をいくつかのレベルに再編すべきである、との提案も行っている。解釈論に加えて立法論の観点から、個別の法理や立法ごとに人的適用範囲を定めることを主張していることから、この見解を個別定立説と呼んでおこう。

あるいは、中間形態の就業者を、自営業者、労働者と並ぶ第三のカテゴリー（契約労働者）として創設し、定義規定を定めたいうえで、このカテゴリーに属する就業者に対して、明文の規定により適用対象に付加するべきである、との提案もなされている⁽³⁴⁾。この見解を第三類型創設説と呼んでおこう。

両説は、適用対象について、判例法理や立法ごとに、その趣旨・目的によって適用対象が異なり得るとする相対的概念説に立つ点で共通している。しかし、両説は、判例法理や立法の趣旨・目的によって適用対象に含まれる中間形態の就業者の範囲について、定義規定によりつつ判例法理や立法に比較的共通なものとして捉えるか（第三類型創設説）、バラバラとなることもあり得るか（個別定立説）で異なってくると考えられる。とはいえ、現実には、いずれに説によっても、その主張からみて、適用対象に含まれるとされる中間形態の就業者に大きな相違は生じないのではないかと考えられる。

中間形態の就業者は、数や職域の点から量的に拡大し、また、その就業実態に質的な多様化もみられる。こう

した状況への対応のあり方として、解釈論上の対応だけでは限界がある。こうした認識に基づいて、解釈論上の対応に加えて、立法論上の対応のあり方について検討する試みは、この論点をめぐる学説上の新たな展開といえよう。そして、その展開は国際レベルでもみられる傾向であるといつてよい。⁽³⁵⁾

もちろん、他方では、中間形態の就業者の基本的事実が明確でない現段階では、包括的な立法政策の展開には無理があるとして、中間形態の就業者一般への労働法の拡大に慎重な見解もある。⁽³⁶⁾あるいは、労働法の拡大による対応によらずに、自営業者に対して用意されている既存の法制度（民法、経済法等）や判例法理（ないし判例法理の展開）によって、自営業者としての就業条件を改善することで足りる、との考え方も成り立つとする見解のあることに留意する必要がある。⁽³⁷⁾

(二) 立法以外の規範の適用対象

次に、学説による最近の議論では、特定の立法の適用対象だけでなく、判例法理や自主規範である就業規則・労働協約の人的適用対象をも射程に収めた議論がみられる。

これまでは、労基法九条や労組法三条の「労働者」の意義を中心に適用対象についての議論が展開されてきた。⁽³⁸⁾判例法理や就業規則・労働協約の適用が問題となる場合も、労基法等の立法規定の適用対象と特に区別することなく、一括して検討されてきた。

近時は、労基法等の立法の適用対象と判例法理や就業規則・労働協約の適用対象とが同一のものとして重なり合う必然性はないとの認識を前提として、それぞれについて区別して論じる手法をとる見解が生まれている。⁽³⁹⁾

判例法理については、例えば、解雇権濫用法理のように、判例により確立された労働契約法理について、その趣旨・目的の点から、その適用対象に中間形態の就業者が含まれる場合があるかを柔軟に検討すべきであるとの見解等がこれにあたる。⁽⁴⁰⁾

他方、就業規則や労働協約の人的適用対象はどうか。これらは自主規範であり、その適用範囲は、基本的には制定権者が自主的に決定できる。その意味では、その適用対象については、これらの自主規範を策定する権限のある当事者の意思に委ねればよく、立法や判例法理の場合のように、就業実態から客観的に保護必要性を判断して決する必要はないともいえる。

例えば、会社独自の勤続休暇制度を定める就業規則や労働協約の規定の人的適用対象を、従業員のうち正社員のみとし、パートタイマー等の非正社員を除外する取扱い等があげられよう。こうした取扱い自体に問題はない。ただし、この勤続休暇制度を定める規定は、適用対象となる正社員について、正社員であることのほかに、その前提として労働者であることも併せて求めていると通例は、解することができるといえる。この会社で自営業者として専属的にフルタイムで働く就業者には、この規定は適用にならないはずである。このように、就業規則や労働協約の適用対象となる前提として、労働者か否かが問題となる場合があるといつてよい。制定権者により別段の取扱いが意図されている場合を除いて、就業規則や労働協約の適用対象についても、労基法や労組法の適用対象と同様に労働者性が問題となる場合があるということである。

判例上も、会社取締役が、従業員に予定された退職金請求権を有するか否かの問題が、就業規則の退職金規定の適用の有無の問題として、これまで多く問題となってきた。⁽⁴¹⁾ 今後は、中間形態の就業者について、就業規則や

労働協約の適用の前提として、その労働者性が問題となる事例が増加することが予想されるのである。

立法やそれ以外の規範の人的適用対象につき、中間形態の就業者をどのように扱うべきかについての私見は、後述しよう(三4)。

(三) 適用対象の判定主体と予測可能性の確保

さらに、新たな論点として、適用対象の判定主体の問題が近時、提示されている。これまでは、労働法の適用対象は、裁判所や労働委員会等に判断が委ねられてきた。判断事例の蓄積によって、適用対象となるかについての判断基準がかなりの程度整備されてきている。とはいえ、同一事例につき結論を異にする判例が生まれる等で、適用対象となるか否かにつき予測可能性は依然として乏しいとの指摘がある⁽⁴²⁾。そのために、適用対象となるか否かの判断を特定の行政機関等に委ねる方法で、適用の有無についての迅速な判断や予見可能性を確保する必要性が主張されている。

その際、判定機関に対して委託者側(使用者側)による反証を許し、反証がない限り、適用対象と推定する旨の推定規定を置くことを併せて主張する見解もある⁽⁴³⁾。

雇用・就業形態の多様化に伴って、中間形態の就業者が増加すれば、適用対象に含まれるかの予測可能性の確保や迅速な判断の保障が一層、要請されることになる。予測可能性等をどう確保するか議論の必要性は増すといえる。こうした論点の提示は、学説の新たな展開として評価できよう。

5 当事者意思の扱い

次に、第五の論点として、労働法や被用者保険の適用対象となるかの判断にあたって、契約の条項その他に示された当事者意思をどの程度まで勘案すべきかが問題となる。⁽⁴⁴⁾

(1) これまで、多数学説、判例は、労働法の適用対象となるか否かは、労働法による保護の必要性の有無によって決まると解し、保護の必要性は、現実の就業実態から客観的に判断されなければならないとしてきた。契約の条項等に表示された契約類型に関する当事者意思は重要ではないとの見解をとってきた。⁽⁴⁵⁾ その理由は、①保護必要性は現実の就業実態が何より示すということ他に、②契約条項等に表示される当事者意思は、当事者の力関係の格差を反映して、委託者側の意思のみを反映することになりやすく、その場合の当事者意思は、就業者側の真意に基づくものとはいえず、考慮に値しないというところにもあった。⁽⁴⁶⁾

これに対して、学説上、当事者意思を考慮すべきとする見解も少数説ながら提示されてきた。例えば、幅広い裁量が認められる労働者（在宅労働、裁量労働者等）の増加で、労働者性の判断が困難な事例が生まれていることに対する対応として、当事者意思や慣行の尊重を提案する見解等がそれである。⁽⁴⁷⁾ 一部の判例においても、こうした考え方を取ると解されるものがある。⁽⁴⁸⁾

(2) 他方、被用者保険の領域では、この論点について意識的に検討した学説、判例はないようであるが、この点も労働法と同様に問題となる論点といえよう。そして、被用者保険の領域においても、この論点については、現実には、労働法における学説、判例の多数の考え方に従って処理されていると考えられる。

(3) 人的適用対象に含まれるかどうかで問題となる中間形態の就業者には、自営業者としての意識を持った者

も少なくないと思われる。就業実態から労働法や社会保険の適用対象となると判断される場合、自営業者としての就業者の意思と矛盾することとなる。中間形態の就業者の増加を契機に人的適用対象の問題が議論されている状況下では、労働者性の判断を当事者意思に委ねることの是非が一層、検討されなければならないであろう。その意味で、この論点を検討すべきとする見解は、人的適用対象をめぐる学説上の議論の新たな展開として評価できるであろう。

6 ボランティア等への法的対応のあり方

第六の論点として、ボランティアや宗教活動あるいは研修等、その活動の目的からみて、本来は、労務の提供に対する対価を目的としない活動について、労働者の就業実態と同様の活動実態が認められるような場合に、労働法や被用者保険の適用対象に含めるべきかが問題となる。近時、この点の議論が始まっている。

例えば、ボランティアについて、NPO等での最近のボランティア活動の拡大に伴って、多様な関係が生まれているとして、これを三つの類型に分類する見解がある。⁽⁴⁹⁾これによれば、ボランティアは、その活動に対する客観的な評価により、①有償労働を行い、労働者と同様に労働法の適用を受ける者、②有償労働であるが、請負や委任契約関係にあるとされる者、③有償労働ではなく、純粋な法律関係にない者に分けられるとする。

あるいは、有償労働のほか、ボランティアその他の無償労働を含む活動全般についての法的対応のあり方を模索すべきとする見解が示されている。⁽⁵⁰⁾すなわち、無償労働であっても、生命・身体・安全確保（事故補償、活動時間の制限等）や人格的自由と平等原則の確保、教育訓練・能力開発といった視点からの法的対応が必要とする

見解である。

判例においては、ボランティアや宗教活動、研修についても、他の就業者の労働者性の判断基準と同様の基準が適用され、就業実態からする客観的な判断がなされている。⁵¹⁾

このように、ボランティア等の活動をめぐる問題には、①労働者の就業実態に類似する活動実態にある場合の法的対応のあり方、②そうした実態にない場合にも、活動に対して何らかの法的対応が必要か、の二点があることが明らかにされてきている。

こうした無償労働の分野も含めて、労働法や被用者保険その他法的レベルでの対応のあり方につき議論が開始されている点は、雇用・就業形態の多様化に関わる学説上の新たな展開として評価できよう。

以上の1～6の論点については、労働法の領域では学説、判例の展開がみられるのに対して、被用者保険の領域においては、既述のとおり(2の文中(4)、3の文中(4))、第二の論点である適用対象の相対的把握の問題と、第三の論点である判断基準について議論があるにとどまる。しかし、労働法領域で提示されている第四から第六の論点と同様の論点は、被用者保険の領域においても存在しているといえ、今後の検討課題として残されているといえるであろう。

三 人的適用対象の捉え方とあり方

さて、以上六つの論点をめぐる学説、判例の近時の展開を踏まえたうえで、提示された多くの有益な学説にや

や立ち入った検討を加えつつ、私見の提示を試みよう。各論点の検討に際し、雇用・就業形態の多様化との関連で考慮を要するポイントを、やや贅言となるが、改めて三点ほど整理しておこう。

(イ) 中間形態の就業者の量的増加と質的多様化

まず、再三、指摘してきたように、就業実態に関し、自営業者と労働者の双方の要素を有し、両者のグレイゾーンに位置づけられる中間形態の就業者が量的に拡大していることである。しかも、その職種・職域も拡大しつつある。かつて特定の職種・職域にみられ、特殊雇用形態とされてきた中間形態の就業者が、特定の職種・職域に限定されずに一般化する方向にある。さらに、実態調査は不十分な状況にあるとはいえ、判例上でみるだけでも、中間形態の就業者の就業実態が、職種・職域の広がりとともに多様化していることもあげられなければならない。⁽⁵²⁾

こうした中間形態の就業者一般を対象に、法的取扱いのあり方が検討されなければならない状況が生まれつつある。

(ロ) 労働者の就業形態の多様化

次は、これまで労働法や被用者保険の本来の人的適用対象とされてきた労働者ないし被保険者の就業実態も多様化している点である。裁量労働や在宅労働のように、使用者による指揮命令が抽象レベルにとどまり、命令拘束性が希薄な実態にある労働者が増加している。適用対象である点に疑いがない事例の中に、命令拘束性中心

のこれまでの判断基準をそのまま適用すると労働者性を否定されると考えられる事例が生じている。

こうした現実とこれまでの労働者性の判断基準の不整合を解消するために、労働者性の判断基準自体が再検討されなければならない。

(ハ) 多様化と法適用関係の明確化

第三点は、中間形態の就業者の増加によって、労働法等の適用対象となるかの判断が簡単ではない事例が増加していることである。そうした状況下では、労働法等の適用の有無を迅速に判断したり、結果を予測できる判断基準やシステムの定立が求められる。こうした法適用の明確化の要請は、労働法や被用者保険だけでなく、民法や税法等の立法で就業者への適用が問題となる規定についても妥当する。

以上の要請を踏まえつつ、労働法、被用者保険の人的適用対象に関わる各論点について、論点相互の整合性を図りつつ、どういう処理のあり方が妥当かを検討してみよう。

1 雇傭（雇用契約）と労働契約の関係

(1) まず、第一の論点である雇傭と労働契約の関係について、峻別説と同一説の対立をどう評価するか、である。既述のとおり(二一)、それぞれを規整する民法と労働法の規制内容や規制理念に相違があることは疑いない。この点は峻別説、同一説とも異論はない。他方、雇傭と労働契約が対象とする契約関係(契約類型)につい

ては、筆者は、同一（同質）であると説明するのが妥当と考えている。したがって、労働契約が規整対象する従属労働を雇傭は予想しないとする峻別説の指摘は、労働法と民法の規制理念の違いを、規制対象となる契約関係（その本質）における違いにまで敷衍し過ぎた（あるいは、そのような誤解を生んだ）きらいがある。こうした理解に照らせば、峻別説と同一説とは、労働法の独自性をどのように強調するかについて、強調の程度に差があるとはいえ、労働法の独自性を承認することについて根本的な対立を含むとはいえないというべきであろう。

なお、以上の労働契約と雇傭の本質論とは別に、その規制対象の範囲の問題がある。峻別説、同一説のいずれにも、労働契約の対象は、雇傭とその他の請負や委任の契約類型との混合契約関係をも含み得るとして、雇傭の対象より広いとする見解がある。中間形態の就業者の増加は、この見解をより説得的にしている。この点について、筆者は、法技術的な視点（適用となる法規定の発見の容易性の確保の点）から見て、中間形態の就業者の増加している現状の下でも、両者の適用対象は本質において同一（同質）と説明すべきではないかと考えている。これは、労働契約にはそうした混合契約関係は含まれないということではない。新峻別説についての検討の際に後述するとおり（以下の文中②）、混合契約関係とされるものでも、やはり雇傭、請負、委任のいずれの本質を持つ契約関係かの判断を行うべきである、と考えているからである。使用従属関係の有無による判断である。当てはめの結果、雇傭の本質を持つ混合契約関係は、たとえ請負や委任の要素を持つ場合でも、労働契約の対象となると理解するのである。したがって、労働契約の対象となる混合契約関係は、請負や委任の要素を持つ点で、契約関係において雇傭そのものではないが、その本質において雇傭なのである。その意味において、雇傭と労働契約は同一（同質）であるという説明になる。

(2) この点も含めて、新峻別説について検討しておこう。この説は、既述のとおり(二一の文中(4))、民法と労働法それぞれの適用規定の発見のあり方における違いを、労働契約と雇傭の機能・目的の相違として説き示そうとする見解である。中間形態の就業者のように非典型契約(混合契約)により就業する事例では、適用規定が問題となりやすく、適用規定の発見のあり方を明確化する作業は、どうしても必要となるといふべきである。

労働法規の発見については、客観的事情に基づく保護必要性の有無を基準として、労働法の適用の有無を判断すればよい。この手法にこれまで異論は少ない(二五を参照のこと)。他方、民法規定の発見のあり方については、これまで必ずしも明確化されているとはいえない⁽⁵³⁾。民法規定の発見の手法については一考を要するといえよう。

先にあげた新峻別説では、民法規定の発見について、雇傭や請負等の典型契約に無理に当てはめて典型契約に予定された規定を適用すべきではなく、契約の趣旨(当事者意思)や民法の各規定の趣旨を検討して、当該契約に適合的な基準(当事者意思に最も合致したルール)を発見すべきであるとしている。

混合契約を含む非典型契約一般の法的取扱いについては、民法学者によって、すでに処理のあり方が確立されている⁽⁵⁴⁾といつてよい。これによれば、当該契約のそれぞれを構成する典型契約の部分について、それぞれの典型契約に関する規定をそのまま適用すべきではない。これらの規定を一応の標準としつつも、当事者が当該契約によって達成しようとした目的に適合する解決をする必要がある。そのために、典型契約に関する規定をどの範囲で類推適用するかを検討する必要がある。このように説かれている。

新峻別説は、非典型契約(混合契約)一般についてのこうした説明を雇傭等の労務供給契約の領域にそのまま

当てはめた穏当な解釈といふことができる。

(3) 民法規定の発見の手法としては、この新峻別説にいう手法によることで問題はないともいえる。しかし、筆者は、こと雇傭と請負や委任との混合契約に適用になる民法規定の発見については、理論的にも、また中間形態の就業者の増加への現実の対応も考えれば、別の手法の方がより適切ではないかと考えている。

それぞれ典型契約の目的の点からみると、改めて説明するまでもなく、雇傭は労務ないし労働自体を目的とし、請負は労務や労働の成果（仕事の完成）を目的とする。そして、委任は事務処理に要する統一的な労務を目的とする⁽⁵⁵⁾とされている。それぞれの目的の違いは、現実には、労務供給者に対する労務受領者への指揮命令関係の有無の違いとなって現れる⁽⁵⁶⁾。雇傭と請負や委任とは、この指揮命令関係の有無によって決定的に区別されるのである。雇傭とそれ以外とは、理論的には、指揮命令関係の有無の点では一つの契約関係の中で両立し得ない契約類型ということになる。指揮命令関係の有無の点でいわば混合することはあり得ないといふべきであろう。したがって、筆者は、雇傭と請負や委任の混合契約についても、まずは、この指揮命令関係の有無により、雇傭かそれ以外のいずれを本質とするのかの判断が必要なのではないか、と考えている。この点以外で、それぞれの契約類型の特徴が部分的に併存する契約実態があり混合契約といえる場合でも、指揮命令関係の有無によって雇傭かそれ以外のいずれを本質とするかは決まるのである。現実には、指揮命令関係の程度が微妙な事例もある。その場合でも、まず、いずれの本質を有するかの判断を行うべきではないか。新峻別説の言うように、混合契約について、雇傭か請負や委任かの当てはめまでの必要はないとしても、雇傭の本質を持った混合契約か、それ以外の本質を持った混合契約かの分類をしておく必要はあるのではないか、というのが筆者の考え方である。

そうした分類の作業を行ったうえで、例えば、雇傭の本質を持つ混合契約関係に分類され、雇傭の規定の適用（類推適用）が予定されるとしても、任意規定とされる規定については、特約の存在や契約の趣旨から判断して、民法の雇傭の規定内容とは異なる取扱いがされるべき事項については、別段の取扱いをすればよいということである。

(4) このような処理の方が、現実の問題処理においても適切のように思われる。例えば、依頼された仕事の全部を自分の手で行わずに、別人に作業の一部を委ねた中間形態の就業者の事例があったとして、この就業者が雇傭により就業していたとされれば、別人への作業分担が使用者の承諾なしに行われていた場合には、契約の即時解除その他の理由となる（民法六二五条二項、三項）。他方、この就業者が請負により就業していたとされれば、特約や仕事の性質上の制約がない限りは、注文者の承諾は必要ないと解されている⁽⁵⁷⁾。他人への無断の作業分担についての法的取扱いは、雇傭か請負かで基本的には逆になっている。

あるいは、注文主が、契約成立の直後に、労務給付請求権をはじめ、当該契約に基づいて発生する債権のすべてを第三者に譲渡した場合、雇傭であれば、譲渡が労働者の同意なしに行われた場合、労働者は譲受人へ労務提供を行わなくても、労務提供義務違反の責任を問われない（民法六二五条二項）。他方、請負の場合、特段の規定がないので、債権譲渡の一般原則に従うこととなる（民法四六六条）。すなわち、注文主は、譲渡禁止の特約がない限り、請負人に通知さえすれば、その承諾がなくとも、仕事の完成を請求する債権その他の債権を第三者へ譲渡することができる⁽⁵⁸⁾と解される。この場合、請負人は、この第三者に労働の成果を提供する債務を負うことになる。これも雇傭か請負かで取扱いが大きく異なり得る。

中間形態の就業者の就業について、例えば以上の二つの点について明示の合意がなく、当事者間でいずれの処理によるべきかが争われた場合、新峻別説によれば、契約の趣旨や民法の各規定の趣旨を検討して事例ごとに判断すべきこととなる。契約の趣旨等を検討して、当該契約につき合理的な意思解釈を導き出すということである。しかし、契約の趣旨等から合理的意思解釈を行うことが困難な場合が少なくないのではないか。筆者は、中間形態の就業者の増加によって、こうした場合が多く生まれるのではないかと危惧している。特に、先の二つの事例については、どの契約類型に属するかによって結論が正反対となり得る事項であり、契約の合理的意思解釈は容易ではないのではないか。加えて、いずれも、雇傭の目的に由来する権利義務の一身専属性に関わる事例であり、結局は、雇用か請負や委任かを区別する作業と同様の作業（使用従属関係の有無の判断）が必要となるのではないか、と考えるのである。

こうした場合への対応策としては、個別の問題について無理に契約の趣旨を解釈して合理的当事者意思を確定するよりも、端的に、当該契約関係が全体としていずれの典型契約の本質を有するかの判断をまず行う方が妥当ではないかと考えるのである。その判断は、労務自体を目的とするか否か、したがって使用従属関係の程度から行う他はない。その判断は、労働法の適用の有無の判断でもあり、労働法の適用の有無と連動することも意識しつつ行われる必要がある。

こうして、私見では、ある労務供給がいずれの典型契約の本質を有するかを判断し、その典型契約に関する民法の規定の適用（類推適用）可能性が一応肯定することとなる。この点が新峻別説との決定的違いである。ただし、それはあくまで可能性であり、その典型契約につき定められている民法の規定がすべてそのまま当然に適用

(類推適用)になると考える必要はない。典型契約に関する民法の規定は、多くが任意規定であると解される。任意規定の機能は、当事者意思が分明でない場合に、合理的意思解釈を示して、当事者意思を補充・補完することにあるといえる。別段の当事者意思(契約の趣旨)が認められる事項については、それを尊重すればよい。

以上のとおり、筆者は、中間形態の就業者の契約関係について、それを混合契約というとしても、雇傭(の本質を持つ)か請負や委任(の本質を持つ)かの一応の当てはめを、客観的事実(使用従属関係の有無)に基づいてまず行うべきではないか、と考えている。そして、当てはめられた典型契約に予定された規定の具体的な適用(類推適用)の有無は、それが任意規定である限りで、契約の趣旨(当事者意思)や特約に照らして行うという手法がとられるべきではないか、ということである。このような処理によって、当事者の契約の自由を尊重しつつ、適用(類推適用)される法規定の発見がよりスムーズに行われることになるのではないかと考えるのである。

また、雇傭に関わる民法の規定に强行規定(「労務者」保護の点から强行規定と解される場合)が存在することを認める見解がある。⁵⁸⁾これに従う場合、雇傭に関わる强行規定の適用(類推適用)の有無の判断でも、労働法の適用の有無の判断と同様に、使用従属関係の有無の判断を前提とすることになるのではないだろうか。

(5) こうして典型契約のいずれかへの当てはめ作業をまず行うことが妥当ということであれば、当てはめによって雇傭に分類された(雇傭の本質を持つ)混合契約関係のみが、労働契約として、労働法の適用対象となるといふべきであろう。その意味では雇傭と労働契約の対象は本質において一致するということになる。

他方、請負や委任に分類された契約関係であっても、中間形態の就業者の契約関係については、雇傭の規定の

類推適用が考えられてよいであろうし、近時は、労働法や被用者保険の拡大適用の是非が検討されているということである。

2 人的適用対象概念の統一性、相対性

次に、第二の論点である、人的適用対象概念の統一性、相対性の問題について検討しよう。この論点に関する統一的概念説と相対的概念説との対立は、既述のとおり（二二）、労働法に属する立法等の適用対象はすべて共通か、相互に異なり得るかについての見解の違いとして説明されてきた。

労働法や被用者保険に属する立法には、他の法領域に属する立法と同様に、それぞれに立法趣旨があり、その立法趣旨は相互に異なり得る。立法趣旨に照らせば、各立法の適用対象は異なり得るとするのが素直な理解といえよう。例えば、長時間労働の弊害から守られるべき就業者は誰か。就業中の災害により負傷した場合に、補償を与えられるべき対象は誰か。これらの答えとなる就業者の範囲はそれぞれの趣旨に照らして異なり得るといってよい。その意味では、人的適用対象は各立法につき相対的であるというべきであろう。理論的には、立法や法規定ごとに人的適用対象を確定していくことが妥当ということになる。

しかし、労働法においては、その生成の過程をみると、工場・鉱山労働者を対象にその保護に必要となる立法が制定されて、独自の法領域として確立されてきた歴史がある。したがって労働法の適用対象として想定された工場・鉱山労働者等に共通の特徴である従属労働が、すべての労働法の適用の有無を判断する基準と考えられたとしても不思議ではない。従属労働に従事する就業者には労働法に属する立法は漏れなく適用されなければなら

ない、そして、それで足りると理解されたということである。こうして各立法法の適用対象は、従属労働という共通の基準で決定される統一的概念と理解されたのである。⁽⁵⁹⁾

工場・鉱山労働者を中心とする就業者の就業実態が他の職場でも一般的であった時期においては、各立法法の適用対象を共通のものとして統一的に把握すれば足りた。⁽⁶⁰⁾ そのことは、場合によって、ある立法法の適用対象を本来よりも狭く解することとなっていたかもしれない。そう解したとしても、保護必要性のある就業者の大半を適用対象とすることができ、特に不都合はなかったのである。そうした就業者以外で、特殊な雇用形態にあって、例外的に適用対象かどうかの判断が難しい事例も、従属労働としての特徴をどの程度有しているかで、適用対象に含まれるかを判断すれば足りた。

しかし、現在のように、就業者の就業形態が多様化する状況下では、すべての労働立法法の適用があるべき就業者（労働者）のみを各立法法の適用対象として想定していたのでは妥当でない状況が生じている。労働立法法の適用を検討すべき中間形態の就業者が増加しつつあるのである。中間形態の就業者については、法規定ごとに立法趣旨に照らして、その適用対象に含め得るかを検討することが必要となっている。検討の結果、これを適用対象に加えるべき法規定と加える必要のない法規定とが生じれば、各立法法の人的適用対象は、統一性を欠くこととなる。このとき、各法規定の適用対象概念の相対性が顕在化するのである。

そして、筆者は、現時点では、中間形態の就業者の増加に対応する必要性を考慮して、以上のように相対的概念に立つとしても、中間形態の就業者を適用対象に加えるには、後述のとおり（4の文中（二））、法規定の適用対象については、適用の有無の明確性の確保という実務上の要請から、法解釈によるのではなく、個々に立法的

手当によるのがより適切ではないかと考えている。また、筆者は、以上のことは、被用者保険の領域においても同様に当てはまると考えている。

3 適用対象の判断基準

次に、第三の論点である、労働法や被用者保険の適用対象の判断基準については、どのように把握していくべきであろうか。

労働法については、これまでの学説多数は、既述のとおり（二）（三）を参照のこと）、人的適用対象の指標として、労働の従属性をあげ、従属性の内容を人的従属性と経済的従属性の複合と捉えてきた。他方、判例では、労働の従属性の語を使用する例はむしろ少数で、使用従属関係等の語を用いつつ、人的従属性を示す事情を中心に、経済的従属性や自営業者性を示す事情を併せ考慮して判断してきた。

筆者は、先にあげた（三）、見直しを求める（イ）（ハ）の二つの要請のうち、中間形態の就業者の増加・多様化の点と、本来の「労働者」の就業実態の多様化の二点に適切に対応できるように、人的適用対象の指標と判断基準について再検討する必要があると考えている。

（1）まず、「労働者」の就業実態の多様化への対応をどのように考えるべきか、である。

既述のとおり、本来の「労働者」の指標、判断基準との関係で問題となるのは、労働時間の管理や業務遂行について、労働者の自律性や自主性に委ねられる事例の増加である。これまで、労働者性の判断における重要な事情として、「業務遂行上の指揮監督の程度」や「勤務場所・勤務時間の指定・管理による拘束」があげられてき

た。裁量労働や在宅労働に従事する労働者のように、こうした事情が希薄な労働者については、これまでの基準をそのまま適用すれば、労働者性を否定される可能性がある。職場において何の疑いもなく労働者とみられている就業者が、これまでの判断基準のままでは労働者性を否定されることになりかねない。現実と法的評価との乖離が生まれつつあるということである。

では、現実にもった判断を導くためには、どのような判断基準を考えるべきであろうか。筆者は、業務命令性や拘束性の事情の他に、就業者と委託者との経済的従属関係を示す事情や事業者に関わる事情（非事業者性を示す事情）の比重を増やし、人的適用対象を実質的には拡大するという手法は必ずしも妥当ではないと考えている。それは、そうした手法は、判断基準に本来の労働者性の判断基準としての意義だけでなく、中間形態の就業者を適用対象に含めるかどうかに関わる判断基準としての意義を与えることとなるからである。中間形態の就業者への適用の有無を決する判断基準は、本来の労働者性の判断基準とは別に検討すべき問題である。「労働者」の判断基準は、あくまで本来の適用対象である労働者かどうかを判断する基準として厳格に確定すべきである。この点では、これまで労基法を始めとする雇用関係法の適用対象について最高裁が示した厳格なスタンスを踏襲すべきである。⁽⁶¹⁾

この論点について考える場合には、労働法による保護をいったい何が根拠づけているのかを改めて考えてみる必要がある。それは、労働者が自己の労働力の具体的処分を委託者に委ねている点にあるのではないか。委託者の処分の幅が大きければ、それだけ、労働者自らが労働力の処分につき自己責任を負えないこととなる。委託者に対する法的規制や責任分担が求められるゆえんである。

労働力の処分の幅を判断する事情の中心は、これまで業務命令性や拘束性であった。これらの事情のほかに、労働力の処分に関して、労働者の自己責任ではなく、使用者の責任を根拠づける事情が何かを改めて検討する必要がある。

そうした事情として、私見として、いまだ抽象的であるが、わが国の判例等で指摘されている「委託者の組織への組み込み」という視点に関わる事情や、ドイツの判例や学説において、命令拘束性に相当する「他人決定性」なる指標を補完するために提示されたことがある「他人利用性」⁶²といった指標が示す事情が検討されて良い。こうした視点を足がかりに、現実と判断基準のギャップを埋める試みが必要といえる。この点は、今後、さらに踏み込んだ検討が必要である。

(2) 他方、中間形態の就業者の増加との関係では、適用対象の判断基準はどのような見直しを行うべきであろうか。この点については、次の論点として検討しよう。

4 中間形態の就業者への対応のあり方

(一) 適用拡大の要否

(1) 労働者と自営業者とのグレーゾーンにある中間形態の就業者に、労働法や被用者保険の適用を拡大すべきか、拡大するとすればどのような手法によるのか、が中間形態の就業者への法的対応のあり方として問題となる。適用拡大が必要かについて、私見では、次のような事情から、今後は肯定的に検討すべきではないかと考えている。

すなわち、中間形態の就業者の中には、家内労働法の適用のある家内労働者や、労働者災害補償保険法（以下、労災保険法という）の適用のある一人親方等と同様に、労働者並みに労働法による保護が適切と考えられる就業者が増加している。その範囲は、特定の業種に限定されるのではなく、業種や職種を超えて、中間形態の就業者一般に拡大しつつあるといつてよいであろう。また、保護が適切と考えられる事項は、家内労働法の規制事項や労災補償に限られないと解される。⁶⁴このように労働法等の適用対象と規制事項の二点について、現行法によるいけば保護の適切性が問題となってきた。筆者は、これら二点における労働法等による保護の適切性の実現が、中間形態の就業者への労働法等の適用拡大の最大の理由であると考えている。

加えて、労働法等の適用対象である「労働者」となるべき就業者の中に、裁量労働に従事する者のように、これまでの「労働者」とは異なり、命令拘束性や指揮監督性の希薄な労働者が増加してきている。こうした就業者と中間形態の就業者それぞれの就業実態上の相違はますます相対化してきていることがあげられる。そうした状況下で、一方には労働法の全面的適用があり、他方には労働法のほとんどの適用が否定されることが果たして妥当かということである。これらのことは二次的な理由ではあるが、就業者間の保護のバランスという点も保護の適切性という点から考慮されてよいと考えられる。

さらに、近時、雇用・就業形態の多様化に対応する雇用政策のあり方が模索されている。⁶⁵ここでは、これまでのようにパートや派遣等を正社員雇用の補完的雇用形態に留めるところから離れて、正社員雇用と並ぶ雇用の選択肢として位置づけつつ、労使双方にとって多様で柔軟な雇用の選択肢づくりの必要性が指摘されている。そのためには、多様な雇用形態は、それぞれ良好な雇用の選択肢であることが求められる。良好な雇用形態であるた

めの法的対応のあり方が議論されているところである。「中間形態の就業者」としての就業についても、良好な雇用の選択肢となるための法的対応が検討される必要がある。このように雇用政策の観点からも保護の適切性の確保が求められているということである。

以上のように、筆者は、労使双方にとっての保護の適切性の実現という観点から、中間形態の就業者への労働法等の適用を検討することが妥当と考えている。

とはいえ、中間形態の就業者には、自営業者としての意識が強い就業者も含まれている。就業実態からする客観的な判断のみに基づいて、こうした者への労働法の適用を強制することは、保護の適切性という観点から妥当とはいえない場合が少なくないというべきである。こうした就業者については、労働法等の適用から外れることができるように、当事者意思等を労働者性の判断に反映する手法が併せて必要となるといえよう。この点は後述する（三5を参照のこと）。

(2) 他方、中間形態の就業者への労働法等の適用を肯定する根拠として、事業者間の公正な取引の確保をあげる見解がある。⁽⁶⁶⁾すなわち、労働法等の適用により事業者（ユーザー）には法的な負担の多い労働者と、現状のように労働法等の適用がほとんどなく事業者の負担の軽い中間形態の就業者と、そのいずれを採用するかで事業者間の競争条件に不公平が生じる、との指摘である。こうした不公平を解消するためには、労働法等の適用に関する負担を平等な状況に近づける必要があるとするのである。

このような発想は労働法に属する立法の中にも存在する。例えば、最低賃金法は、一条において、この法律の目的を、「賃金の低廉な労働者について、……賃金の最低額を保障することにより、労働条件の改善を図り、も

って、労働者の生活の安定、労働力の質的向上及び事業の公正な競争の確保に資するとともに、国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」と定める。同法の目的のひとつとして「事業の公正な競争の確保」があげられている。「事業の公正な競争の確保」を実現することも、最低賃金規制を根拠づけていることになる。

取引の公平という観点を、中間形態の就業者への労働法等の適用拡大の理由の一つにあげるとは傾聴に値する。労働法等の適用が事業者（使用者）に負担を生むのはそのとおりである。しかし、中間形態の就業者の使用が、事業者に労働法等による負担を免れるメリットのみを生むかというと、そうではなく、労働法の適用がある労働者の使用に伴うメリットや、労働法等による規制の少ない中間形態の就業者の使用によるリスク等も他方では存在するといわねばならない。この点が最低賃金の設定の場合とは異なる。また、いずれを使用するかは、利用事業者の自由な判断に委ねられている現状がある。こうした点も併せて考慮するとき、果たして、利用事業者にとり、労働者の使用の方が負担が重く、労働者を使用しない事業者との間に不公平が生じる、と一概にいえるのか。あるいは、事業者自身の自主的対応に委ねるべき不公平ではなく、国家が法的に解消すべき不公平といえるのか。法的対応を考えるべき不公平であるとしても、労働法等の適用対象の拡大という手法が適切なのか。また、利用者負担の公平の実現をいうのであれば、中間形態の就業者には、可能な限り労働法や被用者保険全部の適用が求められることになるが、そのような立場が妥当かどうか。あるいは、負担の公平性をいうのであれば、同じ中間形態の就業者の間で、家内労働法や労災保険法の適用の有無に格差がある点等の改善も問題とせざるを得ないのでないか。こうした問題は残る。⁶⁷⁾

こうした問題点を踏まえると、負担の公平性の要請は、考慮に値する重要な視点ではあるが、労働法等の適用

拡大のあくまで二次的根拠にとどまるのではないか、というのが私見である。⁽⁶⁸⁾

(二) 適用対象拡大の手法

中間形態の就業者について、労働法による保護の適切性を理由に、労働法の拡大適用を支持するとしても、どのような手法によるのが妥当かが問題となる。⁽⁶⁹⁾これを解釈によるのか、近時の提案にみられるように、立法的対応を考えるのがよいのである。

労働法の人的適用対象を問題にする場合、既述のとおり(二4)、労働法に属する立法、判例法理、就業規則・労働協約のそれぞれに分けて検討するのが妥当といえよう。

(1) まず、労働法に属する立法の適用対象についてはどうか。特に、立法上の手当てをせず、法規定の解釈(拡大解釈や類推適用)により対応する方法はどうか。各立法や法規定の目的や趣旨を考慮して、立法や法規定ごとに中間形態の就業者が適用対象に含まれる、含まれないの解釈をすることである。例えば、労基法九条の「労働者」や労組法三条の「労働者」について、解釈によって、中間形態の就業者をこれに含めることがあげられる。すでに、労組法の適用対象である「労働者」は、労基法の「労働者」より広く、法解釈によって中間形態の就業者にあたる就業者も含み得る、との有力説もある。⁽⁷⁰⁾

このような手法によれば、なるほど煩雑な法改正手続きを取らずにすむことや、拡大解釈すべき法規定については、中間形態の就業者と本来の労働者の区別という困難の多い作業を省くことができる。これらの点は、この手法のメリットである。

しかし、立法趣旨等を勘案して、法解釈によって適用対象に中間形態の就業者を含むとした場合、相対説の考え方に立つ限りは、その作業は、労働法に属するすべての立法や法規定について行われなければならない。そうになると、法規定ごとに、最終的には裁判所による法解釈の確定を待つ必要がある。また、各立法や法規定の目的や趣旨を考慮することになれば、拡大すべき規定とすべきでない規定が明文の規定として示されることなく並存し、法適用の現場に混乱を生むという問題も生じかねない。

労基法や労組法で用いられている「労働者」や「労働契約」の概念がそれぞれに異なる対象を有するということは、理論的にはともかく、実務的には法適用の明確性や実効性の点からはどうしても問題があるといわざるを得ない。むしろ、法適用の明確性や実効性の点からは、これらの概念は共通の内容を有し、民法の「雇傭」に基づく契約関係（ないし「雇傭」と同じ本質を有する混合契約関係）にある就業者に限定されているとした方が妥当といえよう。そのうえで、中間形態の就業者も適用対象に含む法規定については、明文の規定により適用対象に付加するといった立法上の対応によるのがより適切である、というのが筆者の見解である。有力説とは異なる処理であるが、矛盾はしないと考えられるが、いかがであろうか。

(2) では、立法上の対応を考える場合、学説上すでに提案されている見解についてはどう考えたらいいであるか。先に取り上げた個別定立説と第三類型創設説の二つの学説について検討してみよう（各説の主張については、二4(一)の文中(2)を参照のこと）。

まず、各立法や法規定の趣旨・目的に応じて、立法ごとに適用範囲を定める手法を提案する個別定立説はどうか。この説は、本来、立法の適用対象は、その趣旨・目的に照らして、立法ごとに異なり得るという相対説に立

っている。この点は、立法一般の実質に正しく従った考え方である。また、立法ごとに適用対象を柔軟に解釈できる点で優れている。個々の立法や法規定ごとに適切と考えられる範囲まで適用対象を拡大できる。それだけに、相対説に対する批判がそのまま当てはまることになるかと解される。すなわち、理論的には、立法ごとに適用対象が異なることが考えられ、法の適用が煩雑となり、実務上の混乱を生む可能性がある。法の遵守の実効性を損なう可能性もある。各立法ごとの明文の規定による対応によってもこれらの可能性に十分に対応できるかは疑問である。

次に、中間形態の就業者を第三のカテゴリーとして創設し、このカテゴリーを明文の規定で適用対象に付加していく手法を提案する第三類型創設説はどうか。この説は、第三類型に属する就業者のみを適用対象として付加するので、適用が拡大される立法や法規定だけでなく、その拡大の対象となる中間形態の就業者の範囲もかなりの程度で明確にできる点で優れている。しかし、この第三類型に属する就業者の判断基準を確定する必要がある、明確な基準の定立がどこまで可能か問題である。

すなわち、第三類型の創設は、これまでのような労働者と自営業者の区別に代えて、この類型と労働者との区別の作業ほかに、この類型と自営業者との区別の作業を併せて求められることとなる。そのため、第三類型に属する就業者の判断基準は、労働者との区別、自営業者との区別という二つの判断を可能にする基準であることが要求されるのである。

(3) わが国においても、これまで、中間形態の就業者に対して、労働法上の立法的対応を一切行っていない。たわけではない。

周知のとおり、例えば、中間形態の就業者の範疇に入ると考えられる家内労働者を適用対象とする家内労働法がある。あるいは、一部の中間形態の就業者に労災保険への特別加入制度を用意する労働者災害補償保険法（三条以下）がある。さらには、家内労働者および中間形態の就業者に職業訓練に準ずる訓練の実施を定める職業能力開発促進法（九二条）もある。これらを中間形態の就業者に対する立法的対応例としてあげることができる。

これらの立法的対応には、現時点でのわが国の立法政策上の特徴をみてとれる。すなわち、個々の立法の趣旨・目的に照らして、その適用が適切と考えられる中間形態の就業者に対して、明文の規定により、個別に適用対象に付加する手法が取られているという特徴である。家内労働法や労災保険の特別加入制度では、職業による適用対象の限定がなされている。したがって、中間形態の就業者一般を独立した類型として確立して、この類型に各立法や法規定の適用を拡大する手法までは取られていない。その意味では、中間形態の就業者に対するわが国の現在の立法政策上のスタンスは、学説の中では個別定立説に近いといえることができる。

とはいえ、中間形態の就業者に適用を認める現行の立法や法規定における適用の要件を検討してみると、適用対象となるための要件に一定の共通点も見出せる。すなわち、①労働者を常態として使用しないで事業を行っていること、②自ら就業すること、といった点が共通の条件として挙げられているのである。この点に留意する必要がある。

(4) 筆者は、雇用・就業形態の多様化の進行に伴って、今後、中間形態の就業者の就業が特定の業種や職業に限らず一般化し、量的に増大する状況に至らなければ、職業ごとに、また立法や法規定ごとに対応する現行の手法で問題ないと考えている。この手法においても、労働法の適用を拡大すべき中間形態の就業者が誰かが一応明

確である。また、どの立法や法規定が拡大適用されるかも明確である。その意味で、雇用・就業形態の多様化に伴う第三の要請（三（ハ））をひとまず充たしているからである。

しかし、筆者は、中間形態の就業者が特定の職種や職域を超えて一般化が生じた場合には、現行の手法では、問題が生じると考えている。まず、適用対象を特定の職種等に限定する手法に限界が生じる。また、これまで中間形態の就業者を適用対象に加えてきた立法や法規定以外の立法や法規定の適用対象に加えることが適切とされる場合が十分に考えられる。この場合に、適用を拡大する立法や法規定ごとに明文の規定で明示したとしても、拡大の範囲がまちまちであれば、法適用の明確性、したがって実効性は十分ではなくなる。

その意味で、中間形態の就業者が拡大し、一般化した状況が生じた場合には、第三のカテゴリーを創出するのがより適切といえる。そして、第三カテゴリーの定義は可能な限り、適用を拡大する立法や法規定に統一的なものとすべきである。どの範囲で統一するかは、法理論上の問題というより、立法政策の問題である。中間形態の就業者の範囲を一定範囲に統一することで、拡大適用される立法や法規定と、拡大の対象となる就業者の範囲とがともに明確化され、実務上の取扱いも容易となると考えられる。中間形態の就業者が増加し、法の適用関係を明確化する需要が大きくなるにつれ、実務上の取扱いが容易であることの要請が重要度を増すといえる。法の適用関係を考える場合には、配慮を要する重要な要請となるのである。

(5) なるほど、第三のカテゴリーに属する就業者についての判断基準の定立はかなり困難な作業となろう。しかし、既述したように、すでに現行法でも、中間形態の就業者を適用対象とするものについては、適用対象となる中間形態の就業者に共通する条件が定められており、これにその他どのような事情を追加するかという作業が

残されている状況といってよい。

いまだ素案の段階であるが、筆者は、中間形態の就業者の最大公約数的な特徴とされるもののうちから、それぞれの法規定の適用要件となる特徴を法定するといった手法が考えられてよいのではないかと考えている。⁽⁷¹⁾

(6) 以上のように、第三のカテゴリーとなる就業者を創出するとしても、この就業者に労働法や被用者保険などの立法や規定、さらにはどの判例法理を適用すべきかの問題がさらに検討されなければならない。すでに第三のカテゴリーを確立している国の例や、ILOやEUレベルでの議論の状況を参考にしつつ、保護の適切性という観点から、慎重に検討する必要がある。

中間形態の就業者に対して規制を検討すべき事項として、筆者は、現在のところ、就業者の健康・安全、平等取扱い、契約解消の予告、労働保険、職業訓練その他の積極的雇用政策、労働組合としての諸権利あたりが、あげられるのではないかと考えている。⁽⁷²⁾ この点については、今後、さらに踏み込んだ検討が必要であると考えている。⁽⁷³⁾

(7) こうした立法上の対応については、その前段として、すでに在宅労働に関して採られているような手法、すなわち、「指針」や「ガイドライン」といった形式で行政指導上の基準として示す手法で対応してみることがあってよいであろう。⁽⁷⁵⁾

(三) 判例法理や自主規範の拡大適用

次に、判例法理や自主規範である労働協約・就業規則の適用対象についてはどうか。中間形態の就業者へのこ

これらの拡大の是非をどのように考えるべきかである。これらについては、法解釈による拡大の是非が問題となる。判例法理については、判例法理それぞれの趣旨に照らして適用を拡大すべきかどうかを判断することになる。その際、中間形態の就業者の範囲は、立法や法規定の適用対象との整合性が確保される必要があり、多くはその範囲が同一となる対応が要請されているといえよう。

自主規範についても、例えば、ある会社の就業規則や労働協約が中間形態の就業者を適用対象に含める趣旨かの判断が必要となる。これらも、別段の定めがない限り、立法や法規定における中間形態の就業者の取り扱いに対応した内容となると解される。

(四) 適用対象の判定主体

既述のとおり(二)(三)、労働者性の判断基準については、学説・判例によって徐々に明確化されてきているとはいえ、依然として、十分ではなく、結果の予測可能性を確保できるまでには至っていないとの指摘がある。なるほど同一事例についての判断でありながら、結論が逆になる判例が近時もあること等がそのことを示している。⁽⁷⁶⁾

その対応策として、判定機関の設置による迅速、簡易な判断と予見可能性の確保が提案されている。ドイツ等においても被用者保険について、保険料徴収を担当する行政機関がその役割を担う例がみられる。⁽⁷⁷⁾

とはいえ、私見では、わが国において、判例により定立された判断基準そのものは、判断基準としてかなりの明確性と予見可能性を確保できているように思われる。筆者は、同一事件についてこれまでみられた判断の食

違い等は、今後のさらなる判断手法（具体的事実の評価のあり方や総合評価に関わる法的評価のあり方）の統一性の確保により解消されていくのではないかと考えている。

ただし、雇用・就業形態の多様化に伴い従来の判断基準自体の精度が低下していることは否定できない。したがって、第三の論点であげた「適用対象の判断基準」の見直し（三三）が併せてなされる必要がある。

さらに、判定機関の設置に関しては、わが国の場合、すでに、裁判所とは別に、労働基準監督署や労働委員会のような行政機関が、法の適用に際して判定作業を行っている。裁判所レベルでの判断手法がさらに精緻化され、加えて、就業形態の多様化等の近時の変化に対応した基準の見直しがなされれば、これらの機関によるこれまでの判定手続きに委ねることで十分に対応できると考えてもよいのではなからうか。

5 当事者意思の扱い

(1) 第五の論点についてはすでに整理したとおり（二五）、学説多数や判例は、労働法や被用者保険の適用対象にあたるかの判断を、就業実態から客観的に判断すべきであるとし、当事者意思を重視しない考え方によってきた。就業者の保護必要性は、当事者意思からではなく、現実の客観的な就業実態によって決まるとの考え方によっている。

しかし、筆者は、そうした考え方とは異なり、適用対象となるか否かの判断において、当事者意思を尊重する場合があってもよいと考えている。より正確には、当事者意思を尊重して、適用対象から外す場合があってもよい、ということである（その逆は支持しない）⁷⁸。

就業実態からみて客観的に労働者性が認められ、保護必要性が肯定されるとしても、それは、あくまで「一般的保護必要性」が肯定されるに過ぎない。この「一般的保護必要性」は、その労働者にとり現実に保護が必要かという「実質的保護必要性」とは常に一致しないというべきであろう。こうした不一致がある場合には、法的規制によるパターンリスティックな介入を当事者意思によって回避できてもよいであろう。労働法等による保護の適切性の点からの判断であるといってもよい。

もちろん「一般的保護必要性」と「実質的保護必要性」の不一致は、何も労働法全体や被用者保険全体の適用レベルに限ったことではない。個別の法規定の適用レベルにおいても生じ得る。こうした場合も、労働法全体や被用者保険の適用レベルに関して先に述べたことが当てはまると考えられる。⁽⁷⁹⁾

(3) ところで、私見によれば、中間形態の労働者が、立法的対応により、今後、労働法に属する立法の適用対象に加えられる例が増加することが予想される。この場合には、当事者意思の尊重の必要性はさらに高まると解される。中間形態の労働者の中には、自営業者としての意識を強く持っていたり、自営業としてのメリットをより重視する労働者が存在している。こうした労働者が、労働法の適用を望まない場合も少なくない。こうした労働者が増加すれば、客観的な就業実態からみれば労働法を適用すべき場合でも、当事者の判断によってこれを回避できる解釈論上の判断がなされてもよい状況があるといえよう。

(2) 以上のように考えた場合でも、判例、多数学説が労働者性の判断において当事者意思を重視しないもうひとつの理由は残される。すなわち、示された当事者意思が労働者の真意を反映しない可能性のあることである。では、労働者の真意に基づく当事者意思がどうかをどう判断するかである。

筆者は、今のところ、最高裁が労基法二四条の適用について、当事者意思を尊重できる場合かどうかの判断にあたり示した基準にならうべきであると考えている。すなわち、労働法の適用を回避する当事者意思が形成されるに至ったことに客観的に合理的理由が認められる等、一定の客観的条件が満たされなければ、真正の当事者意思として尊重できないと考えている。⁽⁸⁰⁾

この私見に対しては、客観的な合理的理由を真正の当事者意思とされるための要件とすると、事後的な裁判所の審査に委ねることとなって、労働者性の判断と同様に判断基準の明確化が容易でなく、結果の予測可能性の確保が難しく問題である、との批判がある。⁽⁸¹⁾ この批判的見解は、現行の労働保護法を、当事者意思により適用を回避できる規定（「労働者」の保護を主たる目的とするもの）と、回避できない規定（「労働契約」の規制を主たる目的とするもの）とに区別する。そして、適用回避が許される規定については、客観的な合理的理由の有無による手法に代えて、事前の手続的規制の手法によって、当事者意思を尊重するのが妥当とする。すなわち、就業者が任意加入等している労働組合の立会によるか、就業者本人が労働基準監督署等の労働基準行政機関において作成した同意書面により、当事者意思の真意性を確保すべきとする。

この批判的見解と私見との違いは、予測可能性の確保の手法の違いの他に、労働者に不利な内容を定める当事者意思も含めて、真意であればすべて尊重するのかどうかの点でも生じる。労働者は自己に不利であっても、真意に基づく同意をすることがあり得るが、私見では、こうした同意も合理的理由がない限り真意性を認めない。合理的理由がない場合には、「実質的保護必要性」は失われていないと解するからである。合理的理由の存在を、労働法を主として構成する強行規定の任意規定化の要件とみるのである。こうした点では、私見は当事者意思を

完全に尊重するところまで踏み出していないということができるのかも知れない。⁽⁸²⁾

したがって、私見によった場合、労働組合や労働基準監督署に当事者意思（特に、労働者意思）のチェックを委ねるとしたとしても、客観的に合理的理由に基づくか否かのチェックを委ねるということになる。

現実には、労働法の適用（労働者性）を主張するのは、就業者本人か労働基準監督署等の機関である場合が多く、使用者側からの主張はあまり考えられない。就業者本人が自身を労働者ではないと考える場合には、労働法の適用を主張することはないであろうから、こうした者が労働者性を現実に問題とすることはあまり考えられない。あるとすれば、労働基準監督署等の機関が監督・取締りの対象となるとして就業者の労働者性を主張する場合である。この場合、私見では、労働基準監督署が労働者性を否定する当事者意思に客観的に合理的理由があるかをチェックすれば足りるということになるのである。

6 ボランティア等への法的対応のあり方

最後に、ボランティア等への労働法、被用者保険の適用のあり方をどう考えればよいであろうか。既述のとおり（二六）、ボランティア等への法的対応のあり方については、①労働者の就業実態に類似する活動実態のあるボランティア等への法的対応のあり方、②これと類似の活動実態にないボランティア等に対して何らかの法的対応が必要か、の二つの視点について学説上で議論が始まっている。

(1) 第一の点について、筆者は次のように考えている。

ボランティアや宗教活動、研修等は、雇傭、請負、委任のように労務の供給を目的としたものとは、目的の点

で異なる。確かに、ボランティア等の活動は多様で、客観的な活動実態が労働者や請負人等の就業者の就業実態に類似する活動もあるであろう。いわば、ボランティア等と労働者との中間形態にある活動である。特に、活動に対して対価の支払い（有償性）を伴う場合には、労務給付としての性格が強まると評価せざるを得ない。

しかし、こうした中間形態の活動も含め、ボランティア等に労働法や被用者保険の適用を客観的な活動実態のみを根拠に認めることには、やや疑問を覚える。ボランティア等に労働時間規制や解雇規制を及ぼすことや、労働契約上の労務提供その他の義務を負わせるといったことに違和感を否定できないからである。その理由はどこにあるのか。それはやはり活動目的の違いにあるという他ない。たとえばボランティア等に、使用従属関係と同様の活動実態が認められる場合であっても、活動目的の違いからくる先のような違和感は否定できないというべきであろう。このように考えると、労務提供を目的としない活動をする者を労働者として法的に取扱うことは妥当ではないというべきである。

こうして労務供給とは異なる目的を持っていると評価できる活動には、目的の点から労働者性を否定すべきであるということになる。そのための理論構成としては、ボランティア等の活動には、労働者としての取扱いを否定する客観的に合理的な当事者意思の存在が肯定できるということかどうか。つまり、活動実態からみて客観的にボランティア等を目的としていることが言える場合には、この合理的な当事者意思の尊重を理由に、基本的には、労働法や被用者保険の適用から除外する取扱いを妥当とみるべきではないか。これらの活動者は、活動実態からみて「一般的保護必要性」が認められる場合でも、活動目的の点から「実質的保護必要性」のない事例に分類できるということである。

また、客観的に合理的な当事者意思の有無を判断する場合、活動の経緯や実態等、当事者意思を尊重できるとして挙げた一定の条件が充たされているかを個別に判断することになる。⁽⁸³⁾ その場合、支払われる報酬の持つ対価性の程度が、活動実態の中では重要な判断事情のひとつとなるように思われるがどうか。⁽⁸⁴⁾ その他、ボランティアであれば、活動依頼に対する許諾の自由の程度等が、研修であれば、研修のための指導・教育の関与の程度等が、宗教活動であれば活動内容の宗教活動性の程度等が併せて考慮されてよい。

(2) 以上のような判断基準によって労働者性が否定される場合でも、ボランティア等への法的対応を一切考慮する必要がないということではない。第二の点と関わって、労働法や被用者保険の適用ということではなく、必要に応じて、これ以外の法による、労働法や被用者保険に準じた立法的対応や法解釈が考えられてよい。例えば、ボランティア活動中の傷病については、特別法によりボランティア等の実施主体に傷病保険への加入を義務づけたり、法解釈上で安全配慮義務を負わせたりすること等が考えられてよいということである。

四 むすびに代えて

以上、本稿では、雇傭・就業形態の多様化との関係で、労働法および被用者保険の人的適用対象めぐり、問題となると思われる六つの主要な論点を抽出し、これらについてのこれまでの学説、判例の到達点について筆者なりに評価を試みた。そして、そこで提示された学説や判例の検討も含めて、やや踏み込んで私見の提示を行った。それらの内容は、次のように概括できるであろう。

(1) 雇用・就業形態の多様化の進行に伴う労働者と自営業者のグレイゾーンにある「中間形態の就業者」の増加に対応するために、労働法および被用者保険の人的適用対象をめぐる主として六つの論点について再検討や深化が必要であること。

(2) まず、これまで、労働法や被用者保険の本来の適用対象である「労働者」の判断基準の中核的事情とされてきた「命令拘束性」の希薄化等が、裁量労働、在宅労働その他において生じている。労働者性の判断基準と現実との乖離がみられる。こうした状況への対応のあり方として、労働者性の判断において、「他人利用性」や「会社組織への組み込み」といった別の事情の考慮が求められること（論点三）。ただし、「中間形態の就業者」への対応として、立法的対応を別に考える私見からみると、本来の適用対象である労働者か否かの判断基準は、労基法上の「労働者」についてのこれまでの最高裁の判断にみられるように、あくまで厳格な基準として維持されるべきこと。

(3) そして、「中間形態の就業者」の増加への法的対応のあり方として、立法上の対応も含めた検討が必要であること。検討に際しては、法適用の明確性・予測可能性（法発見の容易性）の確保の要請との関係で、「中間形態の就業者」にどの立法や法規定が適用となるかの点と、適用対象となる「中間形態の就業者」がどの範囲の就業者かの点の二点が明確である必要がある。これら二点での明確性確保のために、基本的には、「中間形態の就業者」を、労働者、自営業者に続く第三のカテゴリーとして定立して、これを明文の規定により適用対象に付加していく立法政策上の手法が妥当であること（論点四）。

(4) この場合、適用対象への付加は、労働法や被用者保険の人的適用対象が相対的であるとの理解を前提に、

各立法や法規定ごとに検討する必要があること（論点二）。

(5) また、「中間形態の就業者」の増加によって、法適用の明確性・予測可能性の確保は、民法の労働供給契約に関する諸規定の適用についても求められる。それらの民法規定の適用関係を明確化する手法として、就業関係の本質が雇傭なのか請負や委任なのかの当てはめをまず行っただうえで、それぞれに予定された法規定の適用を前提としつつ、これと異なる取扱いが契約の趣旨（当事者意思）である場合には、これによるとの手法によるべきであること（論点一）。

(6) そして、このような手法による場合には、労働契約と雇傭とは、その本質において基本的に同一（同じ本質）の契約関係を規制の対象としていたとの理解を前提とすべきこと（論点一）。

(7) 労働法や被用者保険の人的適用対象となるかの判断においては、客観的な就業実態からの判断に加えて、当事者意思を尊重する手法が考えられてよいこと。ただし、当事者意思の尊重といっても、当事者意思の真意性は客観的で合理的な事情の存在によって担保される必要があると解すべきであること（論点五）。

(8) ボランティアや研修、宗教活動等のように、労務供給以外の目的で行われていることが客観的な活動実態から判断できる活動については、使用従属関係が認められるとしても、活動目的に関わる当事者意思の尊重という観点から、労働者として労働法等の適用対象には含まれないと解すべきであり、別段の法的対応を考えるべきこと（論点六）。

以上のように概括できる私見も現時点での見通しを前提としたものであり、最終のものではない。筆者は、雇

用・就業形態の多様化の進行をはじめ、わが国の雇用情勢が、今後どのように、そしてどこまで展開していくかについて、現時点では、まだ十分に正確な見通しを提示することは難しいと考えている。したがって、人的適用対象のあり方については、雇用情勢の展開のゆくえが相当程度見極められた時点で、「中間形態の就業者」に対する立法的対応の要否その他について、改めて最終的な私見を提示すべきであると考えている。情勢の変化によっては、以上の私見に修正の余地のあることを付記しておきたい。

- (1) 雇用・就業形態の多様化の現状と雇用法政策の変遷およびそのあり方については、例えば、拙稿「日本における雇用形態の多様化と法政策」『日独労働法協会会報』（日独労働法協会編）五号（平一六）一〇五頁以下を参照のこと。
- (2) ILOの動向については、例えば、鎌田耕一『契約労働の研究』（多賀出版、平一三）一三頁以下、EUの動向については、拙稿「EU労働法・社会保障法における人的適用対象の最近の動向」法と政治（関西学院大学法政学会）五五巻二号一頁以下を参照のこと。

- (3) 後掲注4および注5掲記の論考を参照のこと。

- (4) 近時、日本労働法学会のシンポジウムや個別報告のテーマとしても取り上げられている。永野秀雄「『契約労働者』保護の立法的課題」・小俣勝治「仲介型並びに下請型委託就業による契約労働者保護の課題」・鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会誌一〇二号（平一五）一〇八頁以下、皆川宏之「ドイツにおける被用者概念と労働契約」日本労働法学会誌一〇二号（平一五）一六六頁以下、『就業形態の多様化と社会労働政策』（労働政策研究報告No.一二）（特に、大内伸哉、池添弘邦担当部分）（労働政策研究・研修機構、平一六）等を参照のこと。

- (5) わが国における議論に限ってみても、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者（一）」法学協会雑誌一一九巻四号（平一四）六二二頁以下、同「労働法・社会保険法の適用対象者（四・完）」法学協会雑誌一二〇巻一一号（平一五）二二五二頁以下、吉田美喜夫「『労働者』とは誰のことか」日本労働研究雑誌五二五号（平一六）六六頁

以下、鎌田耕一「委託労働者・請負労働者の法的地位と保護」日本労働研究雑誌五二六号（平一六）五六頁以下、西谷敏「労働者概念」『労働法の争点（第三版）』（有斐閣、平一六）四頁以下その他がすでに公表されている。

(6) 例えば、片岡昇『団結と労働契約の研究』（有斐閣、昭三四）二〇六頁以下。

(7) 峻別説に立つ近時の学説としては、例えば、萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣、平九）一五頁以下。

(8) 雇傭と労働契約が同一の実態を規整の対象とする契約類型であるとする見解には、下井隆史『労働契約法の理論』（有斐閣、昭六〇）三頁以下が挙げられる。ほぼ同一の見解を示す例には、幾代通「序説」幾代通編『注釈民法(16)債権(7)』（有斐閣、昭四二）五頁以下（幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』（有斐閣、平元）五頁以下も同旨）。

(9) 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（上）』（有斐閣、平一五）一八五頁（和田肇担当部分）。

(10) この点については、橋本・前掲論文（注5）（一）六二七頁以下を参照のこと。

(11) 例えば、幾代通・前掲注釈（注8）一〇頁以下（『新版』一〇頁以下も同旨）。下井説も、その後、この点を支持している。下井隆史『労働基準法（三版）』（有斐閣、平一三）六六頁注記を参照のこと。

(12) 村中孝史「労働契約概念について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集』（有斐閣、平一一）四八七頁以下。

(13) 当時の学説の状況については、例えば、国武輝久「特殊雇用形態と労働者概念」日本労働法学会誌四二号（昭四三）一〇九頁以下を参照のこと。

(14) 下井・前掲書（注11）五三頁以下、同旨と思われる見解には他に、有泉亨「労働者概念の相対性」中労時報四八六号（昭四四）二頁以下。

(15) 例えば、放送局の楽団員等への労組法の適用が争われた事件の判決（CBC管弦楽団労組事件、最判昭五一・五・六民集三〇巻四号四三七頁）と、車持ち込み運転手への労働者災害補償保険法の適用（実質的には労基法の適用を意味する）が争われた事件の判決（最判平八・一一・二八労判七一四号一四頁）とを比較すると、判断に厳緩の差があることは確かである。ただし、この差異により、判例上、労働者概念の相対性が肯定されているとまでいえるかについては評価に差がある。東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（上）』（有斐閣、平一五）一四二頁（橋本陽子

雇用・就業形態の多様化と労働者概念

五三

担当部分)を参照のこと。

- (16) 西谷敏「労基法上の労働者と使用者」『シンポジウム労働者保護法』(青林書院、昭五九)三頁以下。労働者と自営業者の間にある中間形態の就業者への労働法の部分的適用の必要を認めつつ、その対応のあり方として、同様の発想を示す見解がある。例えば、鎌田耕一編著『契約労働の研究』(多賀出版、平一三)七九頁以下、同・前掲論文(注4)一三五頁以下、一二〇頁以下。島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」『新時代の労働契約法理論』(信山社、平一五)六一頁以下。

- (17) 例えば、拙稿「非労働者と労働者概念」『講座二一世紀の労働法・第一巻』(有斐閣、平一二)一二八頁以下。労組法と労基法の労働者について、両者は同一ではないとし、労働者概念の相対性を肯定する見解として、菅野和夫『労働法(第六版)』(弘文堂、平成一五)四八六頁がある。

- (18) 労基法九条の「労働者」と労組法三条の「労働者」とは、それぞれの法目的から判断されるべき概念であるとする見解もこれに属する。この見解では、労組法三条の「労働者」は、団体交渉助成のための保護必要性の観点から定められており、労基法九条の「労働者」の判断で用いられる「使用従属関係」という枠組みは不要であるとする。菅野和夫・前掲書(注17)四八四頁以下。

- (19) 竹中康之「社会保険と労働関係」『社会保障判例百選(第三版)』(有斐閣、平一二)一九頁、同「社会保険における被用者概念」修道法学(平一〇)四五二頁以下。

- (20) 前掲注19掲記の論考の他、伊藤博義「社会保険と労働関係」『社会保障判例百選(第二版)』(有斐閣、平三)二〇頁以下等があげられる。

- (21) 判例や行政解釈の動向については、拙稿「労働・社会保険の人的適用対象に関する一考察」法と政治五四巻四号(平一五)五七九頁以下を参照のこと。

- (22) 一九八〇年代初め頃の学説については、青木宗也「労働者・使用者概念と事業場」『労働基準法(季刊労働法別冊一号)』(総合労働研究所、昭五五)二八頁以下、蓼沼謙一「労働法の対象」『現代労働法講座1』(有斐閣、昭五六)

七六頁以下等を参照のこと。

(23) 例えば、片岡昇「新版 労働法(1)」(有斐閣、昭五八)四四頁以下、青木・前掲論文(注22)二九頁以下。

(24) 古くは、吾妻光俊『労働法の基本問題』(有斐閣、昭二三)二二三頁。その後も同様の見解が示されている。最近では、下井隆史『雇用関係法』(有斐閣、昭六三)一九頁があげられる。

(25) 労働の従属性や従属労働の概念を用いる裁判例としては、例えば、東京二二チャンネル事件(仮処分申請事件)・東京地判昭四三・一〇・二五労民集一九卷五号一三三五頁、宮崎エンジンオイル販売事件・宮崎地判昭五八・一二・二一判タ五三八号二一二頁等があげられる。

(26) 労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』(日本労働協会、昭六一)五三頁以下。

(27) 傭車運転手の労働者性(労災保険法の適用の有無)が問題となった事例に関する判断にその傾向がみられる。詳しくは、前掲拙稿(注17)一三六頁以下を参照のこと。

(28) 例えば、吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念——労基法上の『労働者』の判断基準を中心として」日本労働法学会誌六八号(昭六一)三〇頁以下(特に、四六頁以下)、石田眞「企業組織の変動と雇用形態の多様化」法律時報七五卷五号(平一五)九頁以下その他を参照のこと。

(29) 判例にも、判断の過程で、この点に言及する例はないわけではない。例えば、いわゆる傭車運転手の労働者性が(委託打ち切りの効力判断の前提として)問題となった事例で、会社の営業目的、契約における業務形態、契約の継続性に照らして、傭車運転手の提供する「労務が会社の事業にとって必要不可欠のものとして、その労働力を自己の事業運営の中に機構的に組み入れている」といえるとして、その労働者性の判断において、組織的従属性を考慮したとみられるものがある(北浜土木碎石事件・金沢地判昭六二・一一・二七労判五二〇号七五頁ほか)。

(30) この点に関する筆者なりの評価の詳細は、拙稿「労働・社会保険の人的適用対象に関する一考察」法と政治五四卷四号(平一五)五七一頁以下を参照のこと。

(31) この点については、ひとまず、前掲拙稿(注17)一三九頁を参照のこと。

雇用・就業形態の多様化と労働者概念

五五

- (32) 片岡昇「映画俳優は「労働者」か」季刊労働法五七号(昭四〇)一五六頁以下、国武輝久・前掲論文(注13)九九頁以下、山本吉人『雇用形態と労働法』(総合労働研究所、昭四五)一八六頁以下、青木・前掲論文(注22)二八頁以下その他。
- (33) 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」『新時代の労働契約法理論』(信山社、平一五)五七頁以下。
- (34) 鎌田耕一編著『契約労働の研究』(多賀出版、平一三)七九頁以下、同・前掲論文(注4)一三八頁以下。
- (35) 例えば、ILOにおける動向については、鎌田・前掲書(注33)一三頁以下、EUにおける動向については、拙稿「EU労働法・社会保障法における人的適用対象の最近の動向」法と政治(関西学院大学法政学会)五五巻二号(平一六)一九一頁以下その他を参照のこと。
- (36) 山口浩一郎「契約就業の法政策的課題」日本労務研究会『契約就業業者問題についての調査研究報告書』(平一一)一六七頁、馬渡淳一郎「非直用労働と法規制」日本労働研究雑誌五〇五号(平一四)一八頁以下。
- (37) 例えば、皆川・前掲論文(注4)一六六頁以下(特に一八二頁以下)を参照のこと。
- (38) 前掲注32掲記の論考を参照のこと。
- (39) 例えば、東京大学労働法研究会・前掲注釈書(注15)一三八頁以下(橋本陽子担当部分)、島田・前掲論文(注33)四五頁以下その他を参照のこと。
- (40) 例えば、島田・前掲論文(注33)五七頁以下。
- (41) 例えば、前田製菓事件・最判昭和五六・五・一一判時一〇〇九号一二四頁、興栄社事件・最判平七・二・九判時一五二三号一四九頁他。
- (42) 浅倉むつ子「就労形態の多様化と労働者概念」『市民法学の課題と展望』(日本評論社、平一二)四九三頁以下、五〇四頁以下、大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて」『労働関係法の現代的展開』(中嶋士元也先生還暦記念論集)(信山社、平一六)五七頁以下、鎌田・前掲論文(注5)五八頁その他。

(43) 島田・前掲論文(注33)六七頁以下、鎌田・前掲論文(注5)五九頁。

(44) この論点については、拙稿「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」『新時代の労働契約法理論』(信山社、平一五)一頁以下を参照のこと。

(45) 例えば、労働省労働基準局編・前掲書(注26)五四頁を参照のこと。

(46) 当事者意思の扱いに関しては、労働法の適用対象となるかに関わる当事者意思だけでなく、労働者性の判断基準とされる事情に関して示された当事者意思も同様に問題となるといえる。例えば、労働者性の判断においては、「労働時間や場所の拘束性」が考慮されるべき重要な事情とされてきた。この事情に関して、労働契約上の合意では、就業者が就業場所をその都度、自由に選択できるとされていたが、現実には、就業場所は委託者の側から指定される実態があった場合には、契約に示された当事者意思はどの程度考慮されるのか、という問題である。この点について学説による意識的な議論はこれまで多くない。多数学説や判例では、適用対象となるかに関わる当事者意思の扱いと同様に、こうした当事者意思も重視しない扱いが肯定されるものと考えられる。事実、先の例についてみると、判例では、当事者意思ではなく、現実の状況が考慮され、労働場所の拘束性が肯定される傾向がみられる。この点については、前掲拙稿(注44)七頁以下を参照のこと。

(47) 下井隆史『労働基準法(第三版)』(有斐閣、平一三)二四頁。その他、安西愈「『労働者概念』の多義性とその差異をめぐって」季労一四五号(昭六二)一六二頁、藤原稔弘「車持ち込み運転手の労災保険法上の労働者性」日本労働法学会誌九一号(平一〇)一四四頁、前掲拙稿(注44)一頁以下、鎌田・前掲論文(注5)五九頁ほか。

(48) 判例については、ひとまず、前掲拙稿(注44)九頁以下を参照のこと。

(49) 山口浩一郎「NPO活動のための法的環境整備」日本労働研究雑誌五一五号(平一五)三〇頁。

(50) 島田・前掲論文(注33)六四頁以下。

(51) 広い意味のボランティア活動についてであるが、シルバー人材センターの会員の作業中の負傷に対する、委託者側およびシルバー人材センターの安全配慮義務違反が問題となった事例がある。三広梱包事件・浦和地判平五・五・

雇用・就業形態の多様化と労働者概念

五七

二八労判六五〇号七六頁、大阪シルバー人材センター事件・大阪地判平一四・八・三〇労判八三七号二九頁、綾瀬市セルバー人材センター事件・横浜地判平一五・五・一三労判八五〇号一二頁。また、宗教活動については、寺の住職や受付事務担当者の労働者性が問題となった事例がある。観智院事件・京都地決平五・一一・一五労判六四七号六九頁、実正寺事件・松山地今治支判平八・三・一四労判六九七号七一頁、同控訴事件・高松高判平八・一一・二九労判七〇八号四〇頁。さらに、研修については、研修医の労働者性が問題となった事例がある。研修医の労働者性を肯定した、関西医科大学事件についての一連の判決（大阪地堺支判平一三・八・二九①労判八一三三三六頁、②労判八一三三五頁、大阪高判平一四・五・九（①の控訴審判決）労判八三一三二八頁、平一四・五・一〇（②の控訴審判決）労判八三六号一二七頁）があげられる。

行政解釈においても、宗教活動に関して、活動の実態から判断すべしとされている（昭二七・二・五基発四九号）。すなわち、「憲法および宗教法人法に定める宗教尊重の精神に基づき、宗教関係事業の特殊性を十分考慮すること」としつつ、「（イ）宗教上の儀式、布教等に従事する者、教師、僧職者等で修行中の者、信者であって何等の給与を受けず奉仕する者等は労働基準法上の労働者でないこと。（ロ）一般の企業の労働者と同様に労働契約に基づき、労務を提供し、賃金を受ける者は、労働基準法上の労働者であること。（ハ）宗教上の奉仕あるいは修行であるという信念に基づいて一般の労働者と同様の勤務に服し報酬を受けている者については、具体的な勤務条件、特に報酬の額、支払方法等を一般企業のそれと比較し、個々の事例について実情に即して判断すること」としている。明らかな宗教活動者と明らかな労働者の間にグレーゾーンに位置する中間形態の活動者の存在が認識されている。

(52) これまで判例において問題となった事例については、例えば、橋本・前掲論文（注5）六一七頁以下の判例整理を参照のこと。

(53) この点の検討を試みたものとしては、民法学者によるものがある。『新版注釈民法10』（有斐閣、平成）二頁以下（特に、六頁以下）（幾代通担当部分）。

(54) 混合契約の法的取扱いについては、民法学者による検討が古くよりなされている。例えば、鳩山秀夫『増訂 日

本債権法各論』(岩波書店、大一五)七四〇頁以下。我妻栄『債権各論・中巻二(民法講義V3)』(岩波書店、昭三七)八八三頁以下。この点の近時の議論については、ひとまず、湯淺道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」椿寿夫編『現代契約と現代債権の展望5』(日本評論社、平二)所収、三頁以下を参照のこと。

(55) 例えば、我妻栄・前掲書(注54)五三一頁以下、前掲・新版注釈民法(注53)二頁以下その他を参照のこと。

(56) 民法学説には、事例は異なるが、請負と売買の両方の性質を有する製作物供給契約について、いずれかに分類すべきであるとする見解示すものがある。我妻・前掲書(注54)六〇四頁以下、八八六頁以下。

この見解は、製作物供給契約を混合契約と捉えるのは、当事者の意思をいずれか一方に決定することが困難なことを理由とするのであらうと推測しつつ、混合契約と捉えることは、いかなる場合にいかなる規定を適用すべきかについて問題を残すのみならず、両方の規定を適用することが妥当な結果を生ずるとは考えられないとする。この見解は、むしろ、取引の性質によって当事者の意思を類型化し、売買か請負かの一方に区別したうえで、個々の場合に、当事者がこれと異なる特約をしたときはこれに従うとすることが適当である、とする(六〇六頁)。

これに対して、この見解とは異なり、製作物供給契約を請負と売買の混合契約とみて、混合契約の一般的処理方法に従って、両方の規定の類推適用を考えるべきであるとする説がある。この見解の方が、近時の多数説のようである。湯浅・前掲論文(注54)七頁を参照のこと。

ただし、先の少数説は、多数説のような類推適用主義が理論としてはむしろ当然なものであることを認めながら、進んで、各種の混合契約について、能う限り、類推適用の範囲を明らかにする努力をすべきであるとし、製作物供給契約についての先の見解は、その試みの一つであるとしている(八八八頁)。筆者の見解は、この少数説と同様の趣旨から、混合契約の本質が雇傭かそれ以外かの判断をあくまで試みるべきであるとするのである。

(57) 『新版注釈民法(16)』(有斐閣、平元)一二四頁以下(広中俊雄担当部分)。

(58) 例えば、民法六二七条一項による労働者の退職の自由や二週間の予告期間について強行規定と解する見解がある。

雇用・就業形態の多様化と労働者概念

例えば、下井隆史『労働基準法・第三版』（有斐閣、平一一）一五八頁を参照のこと。

(59) 例えば、労組法三条の「労働者」と労基法九条の「労働者」の差異は、労組法三条の「労働者」が失業者を含む点のみであるとの考え方がこれにあたる。この考え方を採る学説としては、國武・前掲論文(注13)一一四頁以下、青木宗也「特殊勤務者の労働者性」ジュリスト六一九号(昭五一)五一頁以下等を参照のこと。この見解に批判的な見解としては、例えば、東京大学労働法研究会『注釈 労働組合法』（有斐閣、昭五五）二二九頁以下。

(60) わが国労働法の人的適用対象の変遷については、例えば、山本吉人『雇用形態と労働法』（総合労働研究所、昭四五）一五頁以下を参照のこと。

(61) 最高裁の厳格なスタンスについては、前掲拙稿(注17)一三六頁以下を参照のこと。

(62) 例えば、備車運転手の事例において、会社の「営業に不可欠な……現場工事人として、その営業組織に組み入れられ」ていた点を判断事情のひとつとするものがある（日野興行事件、大阪地判昭六三・二・一七決定、労判五一三号二三頁）。あるいは、同様に、備車運転手の事例で、いくつかの事情から、「原告らの提供する労務は被告の事業にとって必要不可欠のものとして、被告は原告らの労働力を自己の事業運営の中に機構的に組み入れているもの」ということができる」とし、この点を労働者性判断の基準のひとつ解しているとみられる判例がある（北浜土木碎石事件、金沢地判昭六二・一一・二七労判五二〇号七五頁）。その他、本文であげた昭和六〇年の「労働基準法研究会報告書」においても、すでに、「管弦楽団員、バンドマンの場合のように、業務の性質上放送局等「使用者」の具体的な指揮命令になじまない業務については、それらの者が放送事業等当該事業の遂行上不可欠なものとして事業組織に組み入れられている点をもって、「使用者」の一般的な指揮監督を受けていると判断する裁判例があり、参考にすべきであろう。」との指摘がなされている。前掲書(注26)五五頁を参照のこと。

(63) ドイツにおいて、連邦労働裁判所の判例や一部学説が「他人利用性」を被用者概念の指標にあげており、具体的には、専属性や業務に不可欠の人材として企業組織に組み込まれている状況といった事情があげられている。この点については、ひとまず、拙稿「西ドイツ労働法における被用者概念の変化（上）（下）」日本労働協会雑誌三一八号

(昭六〇) 六七頁以下を参照のこと。

(64) 例えば、鎌田・前掲書(注34)一二九頁以下を参照のこと。

(65) この点については、ひとまず、前掲拙稿(注1)一〇五頁以下を参照のこと。

(66) 鎌田・前掲書(注4)一三七頁以下。

(67) 例えば、EU法のレベルにおいて、自営業者に労働法や社会保障法の一部が拡大されている。こうした拡大の根拠として、保護の必要性以外の事情として、構成国間の公正な競争の確保があげられる場合がある。ただし、これは、構成国間で、同じ自営業者に対する労働法や社会保障法上での異なる取扱いの解消を意図していると解され、中間形態の就業者と労働者という異なる就業者類型のいずれかを利用することにより生じる不公正の問題への対応とはやや異なっていると解される。前掲拙稿(注35)一七頁以下を参照のこと。

(68) わが国において、中間形態の就業者を適用対象としている立法例には家内労働法や労災保険の特別加入制度があるが、それらの立法趣旨には、これらの就業者の保護があげられているが、取引の公平の視点はあげられていないようである。厚生労働省労働基準局『改訂版 労災保険特別加入制度の解説』(労働基準調査会、平一五)一頁以下、労働法令通信二三卷一四号(昭四五)二頁以下を参照のこと。

(69) 対応の選択肢については、拙稿「社会構造の変化と労働者概念」日本労働研究機構編『労働市場の変化と労働法の課題』(資料シリーズ五七号)三三頁以下を参照のこと。

(70) 菅野和夫『労働法(第六版)』(弘文堂、平一五)四八四頁以下。

(71) 筆者は、かつて中間形態の就業者の最大公約数的な特徴と考えられる事情を指摘したことがある。すなわち、①特定された労務給付ないし委託を自らの手で履行していること、②家族従業者以外、常態として労働者を雇用していないこと。③一人の委託者に対して、排他的にか主として労務を提供していること、④自己資本がないか、あっても取るに足らないこと、⑤同種の業務に従事する労働者に比し、相当高額な収入のないこと、である。拙稿「非労働者と労働者概念」『講座二二世紀の労働法 第一巻』(有斐閣、平一二)一四三頁以下。また、被用者保険の適用対象

のあり方については、前掲拙稿(注30)五七一頁以下を参照のこと。

(72) 例えば、第三のカテゴリーとして「被用者類似の者」を一九二〇年代に創設したドイツでは、労働民事事件の管轄を有する労働裁判所の手続等を定めた労働裁判所法、連邦休暇法、労働協約法、さらには、EUでの法整備に対応して、労働安全・衛生やセクハラ関連の規定の適用対象に「被用者類似の者」が付加されている。詳しくは、拙稿「ドイツにおける自営業者に対する労働法、社会保障法上の規整の動向」法と政治五一巻二号(平一二)九八頁以下を参照のこと。

(73) ILOでは、労働安全・衛生、労災補償、報酬支払、労働組合の諸権利、社会保険あたりが議論の対象とされている。詳しくは、鎌田・前掲書(注34)四〇頁を参照のこと。EUレベルでは、自営業者に対する労働法、社会保障法の領域の保障の拡大の是非に加えて、具体的にどの事項の規制が妥当かが検討されている。欧州委員会の委託を受けた専門家の報告書等では、例えば、年金等の社会保障、積極的雇用政策上の施策、労働安全・衛生、労働組合の諸権利等があげられている。詳しくは、ひとまず、前掲拙稿(注2)二六頁以下を参照のこと。

(74) この論点を検討した論考として、鎌田・前掲書(注34)一二九頁以下がある。そこでは、①報酬に関する保護、②社会・労働保険の適用、③仕事の継続性保障、④団体交渉、⑤男女差別の各事項が検討されている。なお、解雇制限規定(労基法一八条の二)の適用については、この規定の存在を前提とした他の判例法理、例えば、採用の自由の法理、配置転換や出向の法理、就業規則の不利益変更の法理等の適用を併せて考慮せねばならず、消極に解すべきである。

(75) 自営業的な在宅労働については、立法的な対応とは別に、すでにそのような手法が採用されている。厚生労働省「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」(平一二)を参照のこと。

(76) 例えば、横浜労基署長(旭紙業)事件の第一審判決(横浜地判平五・六・一七労判六四三号七一頁)、その第二審判決(東京高判平六・一一・二四労判七一四号一六頁)、最高裁判決(平八・一一・二八労判七一四号一四頁)は、車持ち運転手の労災保険法上の労働者性について、いずれも理論構成ないし結論が異なる。あるいは、新宿労基署事

件の第一審（東京地判平一三・一・二五労判八〇二号一〇頁）とその第二審（東京高判平一四・七・一一労判八三二号一三頁）とは、映画撮影技師の労災保険法上の労働者性につき逆の結論に達している。

(77) この点については、前掲拙稿（注72）一〇六頁以下を参照のこと。

(78) 前掲拙稿（注44）一二頁以下を参照のこと。

(79) これに対して、現行労働保護法の中で任意規定化が可能な規定（労働契約の規制を主たる目的とする規定）と任意規定化が許されない規定（労働者自身の保護を主たる目的とする規定）とを区分して検討すべきとする見解が示されている。大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて」『労働関係法の現代的展開』（中嶋士元也先生還暦記念論集）（信山社、平一六）五七頁以下。筆者は、この見解については、理論的には、労働保護法の規定をいずれかに截然と区別できるのかや、労働者自身の保護を主たる目的とする規定では当事者意思の尊重は許されないとするのが妥当か（この規定に属するとされる母性保護の規定に関し、例えば、産後四週から医者了解を得て、段階的な職場復帰のための配置として在宅労働に従事する旨の当事者合意は労基法65条2項違反として無効か）、「労働者」保護を主たる目的とされる規定の中には、自営業者であっても別段の法的根拠（公序その他）によって類似の対応（保護）が可能で、労働保護法による保護からはずれたとしても、就業者自身の保護が可能ながあるのではないか、といった点が指摘できる。また、実務的にみても、当事者意思による適用の回避が許される規定とそうでない規定の混在を認めることには、法適用の明確性が確保できるか等の問題があり得る。これらのことから、この見解には直ちには賛同できない。

(80) 筆者は、充たすべき条件として次の三点を考えている。すなわち、①自由意思（真意）が、特定の法規定の適用のみに関わるものではなく、雇用関係法の適用全般に関わるものであることを客観的に示す事情があること（自営業的就業によることが適切と判断させる事情）、②自由意思（真意）に基づいてされたものであると認めるに足る合理的理由が客観的に存在していること（労働法の適用を外れることが就業側側に利益をもたらす事情や、就業側が労務給付とは異なる活動目的（ボランティア等）を持っていることを示す事情）、③自由意思に基づく取扱が法令違反

や法の趣旨に反する脱法的効果を持たないこと（労働法の適用から外れることで他の立法や法規定の適用を免れる効果を持たないこと）、である。詳しくは、前掲拙稿（注44）一六頁以下を参照のこと。

(81) 大内・前掲論文（注79）五七頁以下。同様の議論は、就業規則の不利益変更の効力の問題や配置転換命令・出向命令の効力の問題等において、最高裁が使用してきた合理性の判断基準についてもあり得るところである。

(82) 当事者意思を常に尊重することが、契約自由の原則の趣旨として肯定できるかは問題である。近時、民法学者の間で、「意思主義の復権」が議論されている。この議論は、不合理な内容である当事者の「特約」条項は無効であり、特約によって排除されたはずの任意規定によって特約の内容が修正されるべきである、との主張である。いわば「任意規定の強行規定化」といわれるものである。この点については、ひとまず、湯浅道男・前掲論文（注54）、三頁以下（特に一二頁以下）を参照のこと。本文で示した私見は、合意が合理的事情によらない場合には、その合意は有効な合意とは言えず、労働法規は任意規定化しない、すなわち、強行規定の任意規定化は否定される、ということであり、個々の契約関係の処理に合理性の基準を持ち込む点で、処理内容は逆であるが、民法における「任意規定の強行規定化」の議論と軌を一にするといえまいか。

(83) 一定の条件については、前掲（注80）を参照のこと。

(84) ボランティア等の労働者性の判断の事例ではないが、就業実態に関わる種々の事情のうち、最低保障給の存在を労働者性の判断で最も重視すべきであるとの見解がある。菅野和夫「判例批評」法学協会雑誌九五巻五号（昭五三）九四二頁。

（平成一七年二月脱稿）